

VALDIR CHACON FERREIRA

**FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL:
O COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS PROTEGIDOS
POR DIREITOS AUTORAIS, NA INTERNET.**

Curitiba

2007

VALDIR CHACON FERREIRA

**FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL:
O COMPARTILHAMENTO DE ARQUIVOS PROTEGIDOS
POR DIREITOS AUTORAIS, NA INTERNET**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná, como
exigência parcial para a obtenção do título
de **Bacharel em Ciências Jurídicas**.

Orientador: Prof. Dr. José Antônio
Peres Gediél

Curitiba

2007

SUMÁRIO

RESUMO	iii
ABSTRACT.....	iv
1. INTRODUÇÃO	1
2. DIREITOS AUTORAIS	8
2.1. A Invenção do Dogma da Propriedade Intelectual.....	8
2.2. Conceito.....	25
2.3. Natureza Jurídica.....	27
3. O ARCABOUÇO JURÍDICO DOS DIREITOS AUTORAIS.....	29
3.1. <i>Fair Use Doctrine</i>	36
3.2. <i>First Sale Doctrine</i>	39
3.3. A Doutrina da Cópia Privada	41
4. O COMPARTILHAMENTO DE BENS CULTURAIS	43
4.1. A Arquitetura P2P (Peer to Peer).....	43
4.2. Pirataria e Acesso Cultural	47
4.3. Proteção de Conteúdo e o Direito ao Compartilhamento.....	60
5. A USURPAÇÃO DO CONHECIMENTO.....	64
5.1. Piratas e corsários	64
5.2. O Direito Universal ao Conhecimento.....	66
5.3. A Concepção Otimista da Propriedade Intelectual.....	73
6. NOVAS RELAÇÕES DE DIREITO AUTORAL	76
6.1. <i>Copy Left</i>	77
6.2. O Software Livre e a Licença GPL.....	79
6.3. <i>Creative Commons</i>	81
7. CONCLUSÃO.....	83
8. BIBLIOGRAFIA.....	90

RESUMO

Este trabalho visa aprofundar o tema da pirataria na Internet, a partir da análise de um de seus principais instrumentos de difusão, os programas de compartilhamento de arquivos, denominados programas P2P (peer-to-peer), e verificar de que forma essa nova tecnologia afeta a concepção dos direitos autorais. Mais do que isso, busca rediscutir o paradigma da Propriedade Intelectual, considerando as novas relações de direito autoral decorrentes do avanço tecnológico.

Palavras-chave: Pirataria, Internet, P2P, Propriedade Intelectual.

ABSTRACT

This essay examine thoroughly the theme of Internet's piracy, focused in the main instrument of its diffusion, the sharing files programs, named P2P programs, and verify in which way this new technology affects the conception of copyrights. Even more, aim to argue about the paradigm of Intellectual Property, considering the new copyright relationships arising of the technological advance.

Key Words: Piracy, Internet, P2P, Intellectual Property.

1. INTRODUÇÃO

O incessante desenvolvimento de novas tecnologias, a partir da evolução dos meios de comunicação, em virtude da necessidade de convívio entre os homens, determina uma reavaliação a respeito dos aspectos concernentes à manifestação do pensamento.

Vivemos numa sociedade da informação, num mundo em que o conhecimento tem um valor essencial. A Internet estendeu os limites das fronteiras em que esse saber estava confinado, criando espaços democráticos, propiciando uma nova revolução cultural, determinando, enfim, um questionamento acerca da visão monolítica da propriedade intelectual.

Na verdade, quanto mais tecnologias o homem desenvolve, mais necessidades ele cria e o acesso ao conhecimento disponibilizado por essas tecnologias torna-se indispensável para a vida do ser humano. De tal sorte que, a negação do acesso constitui-se, não raras vezes, numa exclusão a um direito fundamental.

O conhecimento é um instrumento vital para a transformação da realidade, para a solução de problemas criados pela intervenção do homem na natureza e, também, para o desenvolvimento das capacidades e habilidades das pessoas e nesse sentido, a propriedade intelectual – que exclui o acesso da maioria – torna-se um óbice insustentável para a realidade de populações abandonadas à ignorância. Talvez o melhor exemplo disso seja o caso da quebra de patentes dos remédios contra a AIDS.

No objeto a ser tratado por esse trabalho, não é esse aspecto da propriedade intelectual que, conforme se poderá constatar, engendra o compartilhamento de arquivos pela Internet, mas sim uma concepção de que o conhecimento produzido pelo homem é resultado da contribuição de seus antepassados e que sua apropriação individual denega a sua origem coletiva.

De qualquer forma, percebe-se nitidamente que há um antagonismo crescente entre essa concepção de propriedade intelectual como um direito individual negativo – ou seja, de negar acesso à maioria – e uma posição que preconiza a propriedade intelectual como um direito libertário, um direito coletivo e

solidário, concepção esta que chamaremos de visão otimista da propriedade intelectual.

Não se trata, portanto, de uma defesa da abolição do direito de propriedade intelectual, mas uma visão mais otimista, a qual estabelece um paradigma de direitos intelectuais multiplicadores de conhecimento, distribuidores de tecnologias, um direito coletivo – contrário à perspectiva individual, absoluta e exclusiva que nega o acesso à maioria.

Daí porque observamos cada vez mais conflitos na seara da propriedade intelectual ganharem importância mundial. Por isso, observamos um aumento das campanhas publicitárias e de reportagens nos meios de comunicação de massa, defendendo um combate mais efetivo contra a pirataria por parte dos governos, sempre reafirmando a perda de impostos e receitas para os governos locais, sem qualquer crítica que reconheça a dimensão social do problema, ou revele os aspectos nefastos do consumo indiscriminado da cultura importada.

Um belo exemplo dessa visão mesquinha é aquela propaganda presente em boa parte dos DVDs, que mostra um pai satisfeito porque comprou um filme pirata para o filho, o último lançamento dos cinemas. O reproche não vem da mãe que parece ser apenas um símbolo a mais da constituição familiar, pelo contrário, cabe ao filho dizer ao pai que aquela conduta é ilegal. O pai concorda com o filho, sem contrapor um argumento. Não há diálogo, é um monólogo das empresas de distribuição de conteúdo encarnado na figura da criança pura e inocente.

Não bastasse esse ridículo moral, a propaganda antipirataria transforma mexicanos e brasileiros em cidadãos idênticos, já que o comercial mostra a mesma família realizando a conduta proibida, só muda a língua quando você opta por vê-lo em um ou outro idioma.

Essa é a visão distorcida do império de distribuição de conteúdo, para os EUA, mexicanos e brasileiros são a mesma coisa, uma corja de piratas. Não obstante crianças já tenham sido condenadas por cópia ilegal naquele país, não há qualquer menção aos pais de família americanos que copiam conteúdo protegido por direitos de propriedade intelectual.

Outra questão que está no cerne da propriedade intelectual e sobre a qual pouco se tem debatido nas relações internacionais é o problema do que pode ser objeto de propriedade, ou seja, qual o limite para que as idéias e o resultado da

capacidade criadora do homem sejam apropriados e a quem essa apropriação favorece.

A globalização compeliu os mercados consumidores de produtos culturais a firmarem acordos que reconhecem poderes quase que ilimitados aos grandes fornecedores internacionais, esmagando os mercados locais de desenvolvimento de obras intelectuais, não porque os produtos de um sejam melhores do que os do outro, mas porque os países mais desenvolvidos controlam os meios de distribuição de conteúdo. E, assim, os países menos desenvolvidos estão condenados a serem eternamente reféns das regras ditadas por esses países e dependentes do conhecimento industrializado além de suas fronteiras.

Na aurora desse novo século, o desenvolvimento da Internet, enquanto uma rede de trocas de experiências e de propagação de novos ideais, fez ressurgir com grande amplitude o problema da cópia não autorizada de obras intelectuais, principalmente, com a criação de programas de compartilhamento de arquivos, a ponto de se falar em crise dos direitos autorais e de provocar alterações nas sanções resultantes do descumprimento desses direitos.

Um dos objetivos da Internet era desenvolver um canal livre para o compartilhamento de conhecimentos, um meio de democratização da cultura, em que as pessoas pudessem conjuntamente desenvolver um espaço de criação, de divulgação de idéias e de participação para a construção de um novo modelo de propriedade intelectual.

Em virtude do vertiginoso ataque da minoria de empresas controladoras dos produtos culturais, a partir da ação normativa patrocinada por seus governos, cada vez mais essa esperança parece sucumbir. Não só porque se processam os usuários dos serviços de compartilhamento de arquivos, mas, principalmente, porque promovem a concepção de propriedade intelectual excludente, com instrumentos de terror. E a lei tornou-se o principal instrumento de intimidação e de repressão dos usuários. De uma hora para outra todos se tornaram virtuais piratas digitais.

Dessa forma a Internet passa a refletir cada vez mais a política individualista e de exclusão, reforçando o poder das corporações controladoras do conhecimento usurpado, maximizando a concepção do pensamento humano como produto

econômico e que, como tal, só pode ser implementado sob o prisma da propriedade individual, absoluta e excludente.

Diante desse panorama, é de fundamental importância a análise da proteção das criações artísticas. Não há como negar que, em uma sociedade capitalista como a nossa, a propriedade intelectual tem um valor econômico considerável, por isso, no mundo todo, tem havido um incremento significativo nos mecanismos de proteção desse direito. Mas, além disso, as criações da inteligência humana também têm grande relevância social, pois, podem relacionar-se à identidade, à história, à memória, enfim, à cultura de um povo.

Pois é essa dimensão social da propriedade intelectual que tem sido deixada em segundo plano, não se fala em função social da propriedade intelectual. As criações humanas existem exclusivamente com o propósito de atender aos interesses econômicos de uma minoria que compra os direitos autorais dos reais criadores intelectuais, transforma-os em produtos para consumo de massa e lhes retira a natureza coletiva, para garantir a eficiência do violento aparato jurídico de proteção.

Segundo dados da PNAD 2007 (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio) do IBGE, 79% da população nunca acessou a Internet. E por mais que se pense que essa discussão sobre acesso ao conteúdo é restrita aos poucos que têm computadores, pois, o Brasil é marcado profundamente pela exclusão digital, isso é um equívoco.

É um equívoco não só porque tem aumentado a quantidade de ilhas digitais¹, mas principalmente porque o conteúdo distribuído digitalmente pode ser veiculado por celulares e também futuramente pela televisão. A convergência tecnológica irá possibilitar que esses aparelhos dêem acesso a maior parte da população que ainda está excluída do contato com o conteúdo digital.

Sendo assim, não é preciso esperar que primeiro se popularize o uso do computador para posteriormente se preocupar com a questão da democratização do conteúdo distribuído pelos meios digitais. A dimensão social da propriedade

¹ Ilhas digitais são espaços de democratização do acesso à Internet, criados em lugares do Brasil, mais especificamente, em pequenos Municípios, que permitem que camadas menos favorecidas da população conheçam e aprendam a lidar com computadores.

intelectual precisa desde logo ser analisada, de forma a tornar as obras intelectuais acessíveis a todos, não importando o meio de sua distribuição: seja o celular, o computador ou a televisão digital.

Diante disso tudo já se pode notar que o objeto da presente monografia é, essencialmente, uma crítica à concepção da propriedade intelectual – mais especificamente, dos direitos autorais – a ser realizada com enfoque nos programas de compartilhamento de arquivos pela Internet, os conhecidos programas P2P: *peer-to-peer* (par-a-par).

Mais do que tudo, o trabalho tem por escopo rechaçar a visão política, econômica e ideológica dominante, que transforma todo o *download*² em pirataria. Não parece ser esse o entendimento mais razoável, pois, falta a esse argumento um dos elementos principais que caracteriza uma ação como pirataria, qual seja, o intuito de lucro.

Não se quer negar que o *download* possa representar prejuízos e que viole direitos autorais. Mas como se poderá ver, a idéia a ser defendida considera que a normatização dos direitos autorais no Brasil, bem como no resto do mundo, foi realizada às pressas para atender interesses de uma minoria, excluindo da maior parte da população o direito ao conhecimento, essencial numa sociedade de informação como a que vivemos hoje.

Ademais o paradigma do direito autoral nega que o conhecimento produzido atualmente é criado a partir de fatos, histórias, elementos, entre outros, que foram desenvolvidos ao longo da história da humanidade. Ou seja, o novo produto cultural, por mais que apresente elementos de inovação, ainda assim, incorpora à sua produção um conjunto de conhecimentos criados pelo homem desde o início de sua existência.

E como se poderá perceber essa negativa é fundamental para justificar a proteção cada vez mais agressiva desse direito. Nesse sentido a máxima, “no mundo nada se cria, tudo se copia”, reflete bem a realidade do direito autoral.

A partir dessa visão negativa da propriedade intelectual é que são criados instrumentos para coibir, ou melhor, sufocar uma concepção do conhecimento que é inata ao homem, a visão de que o conhecimento criado existe para engrandecer a

² *Download* é o ato de transferir um arquivo para o seu computador.

humanidade e como tal deve ser compartilhado, visão esta que denominamos de concepção otimista dos direitos autorais.

Os programas P2P, assim como as novas relações de direito autoral, sobre as quais também pretendemos tratar nesse trabalho, resgatam esse prisma do direito ao conhecimento que jamais deixou de existir.

Em sentido oposto, a indústria cultural não esgrima esforços para transformar o direito ao conhecimento em propriedade, ampliando cada vez mais os tentáculos do que se entende por essa propriedade intelectual. E conta ainda com o apoio de governos subalternos dos seus interesses – profundamente vinculados a uma visão mesquinha do capitalismo – os quais firmam acordos para instituir mecanismos de repressão, cada vez mais violentos, a essa visão otimista, transformando qualquer pessoa em criminoso, sob a alcunha de pirata.

A velha figura que assustava as crianças com sua perna de pau, sua mão de gancho e seu olho de vidro, é um estigma poderoso a operar sob a mente dos menos desavisados que tentem violar o paradigma da propriedade intelectual.

Para a realização desse trabalho, pretendemos buscar historicamente as raízes da visão negativa de direito ao conhecimento que acabou prevalecendo na construção do amplo conceito de propriedade intelectual. Contudo, faremos uma análise pontual dos artigos das convenções internacionais sobre o tema, porque não é objeto desse trabalho um aprofundamento das negociações internacionais sobre a propriedade intelectual.

Depois disso, elaboraremos uma análise sobre a propriedade intelectual, demonstrando de que forma o conceito foi brilhantemente construído para atender aos interesses de uma minoria dona dos meios de distribuição desses produtos. Vislumbrar de que forma o conhecimento foi, aos poucos, sendo transformado num instrumento de circulação das riquezas, em que o verdadeiro produtor desse conhecimento, que é o homem – não um homem, mas todos os homens – é alijado dos ganhos de sua criação, os quais são transferidos para a indústria cultural.

Em seguida trataremos do tema “o que é P2P”, sempre sob a perspectiva de que os programas de trocas de arquivos que funcionam sob essa estrutura retomam a visão otimista do direito ao conhecimento, como um direito que busca o progresso humano e que, portanto, deve ser compartilhado. Nesse ponto, trataremos da

responsabilidade civil das diferentes pessoas que estão envolvidas na cadeia da troca de arquivos.

O próximo tema a ser analisado é a proteção jurídica que a propriedade recebeu em nosso ordenamento. Nesse ponto pretendemos mostrar de que forma o direito ao conhecimento foi recebendo instrumentos severos para coibir e reprimir a visão otimista.

Intentamos discorrer sobre a omissão intencional do legislador da nova LDA/98 (Lei de Direitos Autorais), que retirou o artigo da antiga LDA/73 que tratava sobre a cópia privada, ou seja, um artigo que protegia as pessoas que mantinham uma cópia para seu próprio uso, representando um duro golpe para a visão otimista, e adequou-se perfeitamente aos interesses da minoria excludente.

Pretendemos, outrossim, esclarecer o que é pirataria e o que não é; o que é violação aos direitos autorais e o que não é. Mais ainda, mostrar como o conceito de propriedade intelectual não pára de englobar novas tecnologias, colocando coisas tão díspares num mesmo significado.

Depois disso falaremos sobre as novas relações de direito autoral, como alternativas a concepção negativa da propriedade intelectual e que se coadunam com a perspectiva de um direito ao conhecimento que possa ser compartilhado por todos.

Também trataremos dos “leading cases” sobre o tema em análise que repudiam a tentativa dos “sindicatos” das indústrias culturais de impedir o avanço dos programas P2P e daqueles que reafirmam a visão negativa do direito de propriedade intelectual.

2. DIREITOS AUTORAIS

2.1. A Invenção do Dogma da Propriedade Intelectual

Segundo Clóvis Beviláqua³, foi a partir da descoberta da imprensa e da gravura, permitindo a multiplicação dos escritos e obras de arte, que se tornou possível a exploração industrial das produções do espírito e, por conseguinte, o reconhecimento de um novo direito, desconhecido na antiguidade, embora ainda naquele tempo as obras de arte já tivessem grande valor, sendo divulgadas em círculos restritos de apreciadores.

De fato, é preciso buscar as raízes dos direitos autorais, como são concebidos atualmente, na Idade Moderna. Não que outrora não houvesse os direitos autorais, mas o seu conceito, enquanto parte dos direitos da propriedade intelectual, tem seu fundamento na invenção dos tipos móveis por Gutenberg, e institui-se com as características que hoje conhecemos, no momento em que sua reprodução em massa por processo industrial torna-se um meio de circulação de riquezas.

Recentemente o direito autoral adquiriu um valor comercial tão grande que ensejou a criação de acordos mundiais amplos, os quais prevêm sanções rigorosas para as violações desses direitos.

E a tendência é que, conforme sejam criadas novas tecnologias, esse amplo sistema de proteção jurídica adotado de forma praticamente homogênea por uma série de países, com diferentes culturas e diferentes realidades sociais, amplie ainda mais o âmbito de sua abrangência e a severidade de seus mecanismos de repressão e sanção pelas violações desses direitos.

É fundamental destacar que os direitos autorais – não obstante, tenham surgido separados de outro ramo do que hoje se convencionou denominar de propriedade intelectual, mais especificamente da Propriedade Industrial – estão arraigados a uma concepção de propriedade privada, que está por trás de todas as contradições e dilemas do regime internacional da propriedade intelectual.

³ BEVILÁQUA, C. **Direito das Coisas. v.1. Coleção História do Direito Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 268.

E conforme explicita Richard M. Stallman, notável *hacker*, fundador da *Free Software Foundation* (FSF – Fundação do Software Livre) e do movimento do *software* livre:

“It has become fashionable to toss copyright, patents, and trademarks - three separate and different entities involving three separate and different sets of laws -- into one pot and call it "intellectual property". The distorting and confusing term did not arise by accident. Companies that gain from the confusion promoted it. The clearest way out of the confusion is to reject the term entirely”⁴.

Realmente transformar coisas tão díspares em propriedade intelectual, nada mais é do que compreender esses fenômenos sobre o prisma da propriedade privada, isto é, transferir de forma acrítica para essa gama de conceitos as características do direito de propriedade, possibilitando, assim, a circulação internacional dos conteúdos culturais, protegidos pelos poderosos e inquestionáveis instrumentos legais de repressão à violação do direito de propriedade.

A princípio, os direitos autorais surgiram, no século XV, sob a forma de privilégios concedidos aos editores, conjugados a um sistema de censura. Só posteriormente os privilégios foram estendidos aos autores. Com o decorrer dos anos o direito dos autores passou a ser protegido mais diretamente. E, finalmente, na época atual sedimentou-se uma visão norte-americana no cenário internacional dos direitos autorais, que encara esses direitos como uma mercadoria, com valor comercial elevado e que deve contar com instrumentos rígidos, para garantir a sua circulação livre e de forma segura.

Em outras palavras, sob a falsa premissa de que se está protegendo os direitos do autor (criador) criam-se cada vez mais numerosos instrumentos de repressão à violação desses direitos, mas na verdade o que se está protegendo é

⁴ Virou moda misturar coisas tão diferentes como patentes, direitos autorais e marcas em um grande caldeirão, o qual foi denominado propriedade intelectual, não foi um acidente. As companhias que lucraram com a confusão, promoveram essa bagunça terminológica. E defende que a melhor solução seria abandonar esse termo (propriedade intelectual) definitivamente. (tradução livre)

Stallman, Richard M. **Did You Say "Intellectual Property"? It's a Seductive Mirage**. Disponível em: <<http://www.fsf.org/licensing/essays/not-ipr.xhtml>> Acesso em: 25 nov. 2005.

um direito de um número pequeno de corporações transnacionais que compram esses direitos e os transformam em mercadorias internacionais.

Ou seja, não são os direitos autorais que estão sendo protegidos, mas sim o sistema capitalista de livre circulação de mercadorias, sob um de seus aspectos que é a propriedade do conhecimento. Por isso, é fundamental para as instituições controladoras da distribuição desse conhecimento que as obras intelectuais sejam transformadas em propriedade. Já que esse sistema só é viável se as criações do pensamento estiverem materializadas na incontestável e sagrada propriedade individual. Ainda mais quando consideramos que o dogma da propriedade individual é aceito por todos como algo natural. Assim, é mais fácil justificar todos os mecanismos repressivos.

A criação intelectual desenvolveu-se sob a égide de dois paradigmas díspares, os quais possuem elementos e características próprias: o sistema anglo-saxão de proteção à obra e o sistema europeu de proteção à personalidade do autor.

Do embate desses dois modelos desenvolveu-se o paradigma jurídico que disciplina essa matéria no Direito Civil brasileiro, prevendo um conjunto de normas de caráter real, protegendo desta feita os direitos patrimoniais de autor e de outro lado, regras de caráter pessoal e personalíssimo, tutelando os, assim denominados, direitos morais de autor.

As primeiras manifestações dos direitos da propriedade intelectual surgiram no século XV, em Veneza, e eram denominadas “privilégios”. Tratava-se de direitos exclusivos concedidos pelas autoridades, via de regra, aos livreiros, por um período limitado de tempo. Não havia requisitos precisos a serem preenchidos para a concessão do privilégio, era uma prerrogativa que cabia única e exclusivamente às autoridades. Como não havia ainda uma evidente distinção entre a criação do autor e a materialização da criação intelectual em livros impressos, alguns privilégios eram concedidos aos autores.

Da concessão de privilégios desenvolveu-se outro sistema que combinava o privilégio com a censura. Já em 1526, para que o texto fosse publicado exigia-se a autorização de um órgão específico. Só era permitida a impressão dos textos que recebessem um selo de autorização e a falta do selo ensejava uma série de

penalidades. Posteriormente, organizou-se uma corporação de gráficos e livreiros, que exercia o controle prévio do material a ser publicado.

De acordo com BEVILÁQUA, foi durante a Idade Média (século XVI), na Inglaterra, que Felipe e Maria Tudor outorgaram à associação de livreiros um monopólio real de forma a lhes assegurar a comercialização de composições literárias e científicas. Nesse ínterim a corporação demonstrou ser uma importante aliada dos reis em seu objetivo de controlar a produção de impressos.⁵

Na Inglaterra, em 1529, foram editados os primeiros atos da Coroa estabelecendo que os manuscritos deveriam ser previamente licenciados, através de registro, pela “Companhia dos Papeleiros” (*Stationer’s Company*). O privilégio de impressão concedido a uma única corporação, não tinha por intuito regular a atividade comercial, mais sim exercer um controle do conteúdo a ser impresso, impedindo a publicação de textos que contestassem a autoridade da Coroa.

Em 1622, o monopólio da impressão foi garantido pelo *Licensing Act* aos membros da corporação ou àqueles que detinham patentes reais de impressão. Essa lei determinava o registro perante a Companhia, que se tornou o órgão responsável para censurar o material, instituindo, assim, um sistema de licenciamento prévio, permitindo à autoridade proibir a publicação de textos considerados perigosos.

Em troca da proteção real ao seu domínio de mercado, os livreiros manipulavam os impressos, funcionando como verdadeiro órgão oficial de censura, rechaçando do conteúdo das suas edições quaisquer temas que fossem desfavoráveis ao interesse da realeza.⁶

O registro estabelecia um direito exclusivo do membro da corporação para imprimir a obra registrada, surgia assim o *copyright*, outorgando àquele que tem o registro o direito exclusivo de copiar a obra.

Essa prerrogativa para controle dos impressos foi denominada *copyright*, e surgiu, portanto, como um direito assegurado aos livreiros e não como um direito do

⁵ BEVILÁQUA, C. **Direito das Coisas. v.1. Coleção História do Direito Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 269.

⁶ BEVILÁQUA, C. **Direito das Coisas. v.1. Coleção História do Direito Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 269.

autor. Perdurou por cerca de duzentos anos e é o embrião das normas concernentes aos direitos autorais presentes no ordenamento jurídico inglês e no estadunidense.

Cumprê destacar que, na Inglaterra, a atividade de imprimir e comercializar livros era uma relação de simples compra e venda de manuscritos. Significa dizer que os direitos de autor eram tratados como um negócio; não havia uma visão de proteção do criador intelectual, mas uma concepção que privilegiava a circulação do valor representado pela exploração do produto cultural. Em virtude disso, surge um novo mercado de compra e venda de manuscritos de obras literárias e também de compra e venda de *copyrights*⁷.

Em 1695, o parlamento inglês revogou o *Licensing Act*. A intenção não era permitir a liberdade de expressão, mas possibilitar a liberdade do comércio. Entretanto, ao revogar a lei, acabou concedendo a liberdade de expressão e, de certa forma, possibilitou que o autor retomasse o poder sobre sua criação. Ou seja, ao abrir mão desse controle sobre o que era impresso, o autor passa a controlar o conteúdo e a forma de suas obras. Essa retomada do poder do autor acabou contribuindo para o reforço da idéia do autor proprietário e propiciou que o criador também obtivesse o controle e o proveito da exploração econômica de sua obra.

Em 1709, é criado o Estatuto de Anne (*Statute of Anne*) para regular o comércio de livros. Essa lei, entre outras coisas, reduziu o prazo de proteção da obra para 14 anos, podendo ser renovado por mais 14. O estatuto fortalecia a idéia de que o autor tem direitos sobre sua criação original, pois, se ele podia renovar o prazo, também tinha poder para ceder o direito exclusivo de copiar seu texto a algum livreiro.

Segundo, a professora de direito autoral da PUC-Rio, Marisa Gandelman⁸, foi nesse momento que a possibilidade de o autor tirar proveito econômico da atividade inventiva começa a se tornar viável, pois até então os autores eram mantidos por patronos ou mecenas e não pelo mercado.

⁷ GANDELMAN, M. **Poder e conhecimento na economia global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 65.

⁸ GANDELMAN, M. **Poder e conhecimento na economia global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 70.

Mesmo assim, a propriedade literária continuou sendo um interesse mais dos gráficos e livreiros do que dos autores. Estes ainda não desejavam se envolver com o comércio de suas obras e, assim, continuavam a vendê-las sem conservar para si qualquer direito.

Na França asseguraram-se privilégios e autorizações, já no século XVI, aos autores de obras literárias. As publicações exigiam autorização oficial para serem editadas. Em 1761, as obras de LAFONTAINE foram declaradas, pelo rei, pertencentes às netas do insigne fabulista, por direito de herança. E em 1793 publicou-se a lei de 18 de Julho que tinha por epígrafe: Lei relativa aos direitos de propriedade dos autores de escritos de todo o gênero, compositores de música, pintores e desenhistas⁹.

Na verdade, a Revolução Francesa determinou uma nova visão a respeito do paradigma dos direitos autorais. Debatia-se a importância da identidade e do papel do autor na vida moderna. Duas posições foram levantadas: uma defendia a visão inglesa de direito autoral, que concebia a criação intelectual como um direito inviolável de propriedade; outra lutava contra o autor absoluto e pretendia estabelecer um direito autoral em que a circulação da informação e das idéias fosse livre.

Em outras palavras, tratava-se de um confronto de um lado entre uma concepção da criação intelectual como direito de propriedade e de outro a compreensão da cultura e do conhecimento como naturalmente comunitários.

Na disputa que se seguiu, sobressaiu-se a noção de autor absoluto, com poderes totais sobre sua obra, a qual passou a ser considerada uma extensão de sua personalidade, prevaleceu, portanto, o paradigma da propriedade privada, individual, plena e exclusiva da criação intelectual sobre a idéia de liberdade de circulação do bem público.

Definitivamente, o mais emblemático de todos os sistemas de proteção aos direitos autorais constitui-se no modelo norte-americano de compreensão do fenômeno da criação intelectual, ainda mais se considerarmos o fato de que foi o

⁹ BEVILÁQUA, C. **Direito das Coisas. v.1. Coleção História do Direito Brasileiro.** Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 269.

paradigma americano que prevaleceu nas negociações internacionais a respeito da propriedade intelectual.

Para se ter uma idéia das contradições desse sistema, os estatutos dos estados da federação americana beneficiavam o autor através do *copyright*, já o dispositivo constitucional que tutelava esse tema, preconizava a necessidade de desenvolver o conhecimento. Trata-se de princípios naturalmente antípodas, mas que constituem a estrutura do sistema de proteção dos direitos de propriedade intelectual norte-americano.

O sistema de copyright firmou-se mesmo nos EUA, a partir da Constituição Americana de 1787, prevendo em seu art. 1º, seção 8, a promoção do progresso da ciência e das artes por intermédio da concessão aos autores e inventores, por tempo limitado, de um direito exclusivo a seus escritos e descobertas:

Article 1 - The Legislative Branch

Section 8 - Powers of Congress

The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States;

To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries; ¹⁰ (grifo nosso)

Nos EUA, em 1790, foi editado o *Copyright Act* federal, caracterizada por ser uma forma limitada de monopólio; era uma norma que estabelecia um privilégio concedido pelo Estado, com o intuito de fomentar a produção intelectual. A proteção

¹⁰ O Congresso deve ter poder para promover o progresso da Ciência e das Artes, garantindo por um tempo limitado a Autores e Inventores o direito exclusivo sobre seus Escritos e suas Descobertas.(tradução livre) Disponível em: <<http://www.usconstitution.net/const.html#A1Sec8>> Acesso em: 7 set. 2007.

à obra impressa era de 14 anos, podendo ser renovada por mais 14 anos pelo autor vivo. Tratava-se de um privilégio estatutário e não de um direito¹¹.

Consoante a Lei do Copyright Americana¹² (the Copyright Act of 1976 and all subsequent amendments to copyright law; the Semiconductor Chip Protection Act of 1984, as amended; and the Vessel Hull Design Protection Act, as amended – contida no Código Norte-Americano, Título 17, de 1976), a proteção do copyright está disponível para todas as obras não publicadas, independentemente da nacionalidade ou domicílio do autor.

A atual Lei do *Copyright* Americana traz, no bojo do primeiro capítulo, mais especificamente na *section* 101, as definições (*definitions*) pertinentes aos direitos autorais tratadas na lei, evitando quaisquer dúvidas do intérprete a respeito desses termos; trata-se de interpretação autêntica do legislador norte-americano.

Como se pode depreender da sua análise é uma lei, comparada com a nossa, bastante diferente e muito extensa também, contém 13 (treze) capítulos e 134 (cento e trinta e quatro) seções (o equivalente aos nossos artigos). Essa lei foi bastante alterada em virtude das inovações tecnológicas, principalmente com o advento da Internet.

Naquele país não se consolidou a filosofia do autor absoluto, isto é, de um autor que exerce a plenitude de seus direitos morais, os quais não se separam da obra, sendo uma extensão da personalidade do autor. Para eles, essa visão era antagônica a seus interesses que priorizavam a necessidade da troca e do intercâmbio de idéias para a promoção de uma sociedade melhor, ou seja, uma percepção que valoriza muito mais a exploração econômica da criação do que a relação entre autor e a obra.

Os norte-americanos, portanto, enfatizam a proteção somente do direito de cópia, sendo assim, desde o momento que a obra é publicada, ela se separa do seu criador, passando a ter um valor próprio e também adquire uma proteção semelhante a um privilégio concedido pelo Estado. De forma nenhuma é um direito natural e absoluto.

¹¹ GANDELMAN, M. **Poder e conhecimento na economia global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 75.

¹² Disponível em: <<http://www.copyright.gov/title17/>> Acesso em: 17 nov. 2006.

Isso é fundamental para entendermos a lógica do sistema jurídico mundial de proteção da propriedade intelectual, pois, essa proteção nada mais é do que uma proteção de um sistema econômico, que usa como justificativa para a imposição de limitações legais ao uso dessas obras protegidas: a ilusão de que é essa tutela que garante a continuidade da criação.

Em outras palavras, o progresso das ciências e das artes é alimentado pelo encorajamento aos autores, que, por sua vez, é assegurado por um monopólio legal sobre a circulação de suas obras e pela participação nos lucros da comercialização das mesmas durante um período limitado de tempo. É um processo que transforma autores em produtores, e cidadãos em consumidores de informação, idéias, obras intelectuais, obrigando-os a respeitar as barreiras da propriedade intelectual¹³.

Mais recentemente, editou-se o DMCA (Digital Millennium Copyright Act), um retalho legislativo, preparado às pressas, que visa regular a responsabilidade dos provedores da Internet por violação de direitos autorais, bem como, pretende criminalizar qualquer ato que contribua com a quebra de medidas eletrônicas de proteção a direitos autorais (por exemplo, a quebra da criptografia que protege DVDs ou CDs que são vendidos com sistema anticópia).

Há ainda o projeto de lei denominado *Induce Act*, segundo este dispositivo legal, qualquer pessoa que direta ou indiretamente contribua para a violação de um direito autoral será também responsável pela violação desse direito. Trata-se de uma tentativa de afastar a decisão da suprema corte americana, que no caso Sony Betamax permitiu a continuidade da venda de vídeo cassetes, sob o argumento de que tal tecnologia poderia ser usada licitamente. Com a proposta do *Induce Act*, gravadores de CD e iPods, bem como qualquer equipamento, software ou serviço que potencialmente possa ser usado para violar direitos de autor, tornam-se ilegais¹⁴.

¹³ GANDELMAN, M. **Poder e conhecimento na economia global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 77 - 78.

¹⁴ LEMOS, R. Creative Commons, Mídia e as Transformações Recentes do Direito da Propriedade Intelectual. **Revista de Direito GV**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p.181-187, maio 2005.

Por fim, convém mencionar o paradigmático Mickey Mouse Protection Act (Sonny Bono Act), que estendeu o prazo de proteção dos direitos autorais de 70 anos para 90 anos nos Estados Unidos, tudo porque Mickey Mouse, criado em 1928, cairia em domínio público em 1998.¹⁵

Na Alemanha cita-se como um dos mais antigos documentos da história do direito autoral, a ordenança de Nuremberg (1623), confirmada pelo Senado de Frankfurt que, consoante BEVILÁQUA, reprimiu a contrafação (imitação, falsificação), sem que o autor contasse ainda com um direito de privilégio intelectual¹⁶.

No Brasil, a Lei 11 de Agosto de 1827, criadora dos Cursos Jurídicos de São Paulo e Olinda, garantiu por dez anos o privilégio exclusivo dos compêndios dos professores. O Código Criminal de 1830, em seu artigo 21, consagrava o direito exclusivo do cidadão brasileiro “para imprimir, gravar, lithographar ou introduzir quaesquer escriptos ou estampas, que tiverem sido feitos, compostos ou traduzidos” por eles “emquanto viverem e dez annos depois de sua morte se deixarem herdeiros”.¹⁷

A Constituição republicana de 1891, art 72, § 26, garantiu aos autores de obras literárias o direito exclusivo de reproduzi-las. Em 1898, a lei n. 496, consolidou o direito autoral como um privilégio assegurado por cinqüenta anos, porém era incompatível com o preceito constitucional, que garantia a passagem do direito econômico do autor para seus herdeiros¹⁸.

O Código Civil de 1916 tratava dessa matéria nos artigos 649 a 673, sob a denominação de: Propriedade Literária, científica e artística, da qual gozava o autor

¹⁵ LEMOS, R. Creative Commons, Mídia e as Transformações Recentes do Direito da Propriedade Intelectual. **Revista de Direito GV**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p.181-187, maio 2005.

¹⁶ BEVILÁQUA, C. **Direito das Coisas. v.1. Coleção História do Direito Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 269.

¹⁷ BEVILÁQUA, C. **Direito das Coisas. v.1. Coleção História do Direito Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 269.

¹⁸ BEVILÁQUA, C. **Direito das Coisas. v.1. Coleção História do Direito Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 270.

durante a vida e seus herdeiros por mais 60 anos após a morte dele¹⁹. Esses artigos foram revogados tacitamente pela lei 5988 de 1973, conhecida como Lei dos Direitos Autorais, e ambos foram expressamente revogados pelo art. 115 da Lei 9610 de 1998.

Em suma, o *copyright* caracteriza-se por sua natureza, essencialmente econômica, como um direito patrimonial expressado por meio do direito de reprodução e visando não a proteção do autor, como a princípio pode parecer, mas, fundamentalmente, a proteção do sistema capitalista de circulação da propriedade intelectual, individual, absoluta e exclusiva.

Além disso, três fatos são essenciais para a consolidação internacional do paradigma da propriedade intelectual: a Convenção de Berna, de 1886, com o intuito de se estabelecer uma regulamentação comum internacional para a proteção das obras literárias, artísticas e científicas; a Convenção de Paris, de 1883, tendo por objetivo proteger a propriedade industrial, facilitando o fluxo de tecnologia entre as nações e criando requisitos comuns para a concessão de patentes; e, por último, a mudança do foro de negociações sobre a propriedade intelectual da OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) para a OMC (Organização Mundial do Comércio).

As convenções são fundamentais, considerando-se que as leis de cada Estado a respeito da propriedade intelectual limitam-se aos seus territórios, por isso, era necessário estabelecer regras internacionais que obrigassem os demais países, não submetidos a essas leis locais, a firmarem acordos para a formação de um sistema comum de proteção às obras literárias e artísticas. Mais do que isso, um sistema comum que protegesse a circulação internacional dessas obras e oferecesse instrumentos hábeis de repressão à violação desses direitos.

Sem um sistema comum de proteção, a obra fica confinada ao seu país de origem; o autor não tem estímulo para permitir que ela tome parte no comércio internacional; nem o titular do direito de cópia tem razão para permitir que isso se

¹⁹ BEVILÁQUA, C. **Direito das Coisas. v.1. Coleção História do Direito Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 270.

faça, uma vez que, sem a garantia da proteção, não haveria meios de obter vantagens com tal participação²⁰.

No presente trabalho não trataremos da Convenção de Paris, porque a propriedade industrial não é objeto dessa monografia. Portanto, nos restringiremos a cuidar da Convenção de Berna e da mudança do foro de negociações sobre a propriedade intelectual.

A tentativa de se estabelecer um sistema comum de proteção das obras intelectuais foi realizada, a princípio, através de acordos bilaterais, mas que logo se mostraram insuficientes, tornando-se incompatíveis entre si. Por isso, em 1886, formou-se a Convenção de Berna, na Suíça, com o objetivo de proteger as obras literárias e artísticas. Assinaram o resultado desse acordo: Itália, Espanha, França, Reino Unido, Alemanha, Bélgica, Suíça e Tunísia.

O Brasil adotou essa Convenção a partir da aprovação do Decreto Legislativo n.º 94, de 4 de dezembro de 1974, e a conseqüente promulgação pelo Decreto n.º 75.699, de 6 de maio de 1975. Já os EUA só aderiram a mesma em 1988 (*The Berne Convention Implementation Act* de 1988, emendando a *section 101* do *Copyright Act* americano), entretanto, só aderiram porque tinham a intenção de modificar o regime internacional da propriedade e não poderiam fazer isso sem participar da Convenção de Berna.

A Convenção de Berna é um tratado aberto, ou seja, permite o ingresso de qualquer novo membro e pretende ser universal, por isso, dá liberdade aos estados-membros para decidirem em suas legislações sobre uma série de questões, especialmente, sobre os limites do direito.

São princípios fundamentais da União de Berna: a reciprocidade – segundo o qual as obras originárias de um dos estados-membros são protegidas em todos os outros; o trato nacional – pelo qual a obra originária de um dos estados-membros goza do mesmo tratamento que os outros membros dão aos seus autores e obras nacionais; proteção automática – segundo o qual a proteção por intermédio do direito autoral não pode depender do cumprimento de nenhuma formalidade, como o registro ou o depósito de cópias; independência da proteção – de acordo com o qual

²⁰ GANDELMAN, M. **Poder e conhecimento na economia global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 105.

o gozo e o exercício dos direitos outorgados são independentes da existência de proteção no país de origem da obra. Um outro princípio, não explícito no texto do acordo, mas presente como conceito que norteia a sua estrutura, é o dos direitos mínimos, pelo qual as leis dos estados-membros devem proporcionar os níveis mínimos de proteção estabelecidos pela convenção.²¹

No artigo 2 está descrito o objeto da proteção internacional:

Os termos "obras literárias e artísticas" compreendem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o seu modo ou forma de expressão, tais como: os livros, folhetos e outros escritos; as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantomimas; as composições musicais com ou sem palavras; as obras cinematográficas, às quais são assimiladas as obras expressas por um processo análogo à cinematografia; as obras de desenho, pintura, arquitetura, escultura, gravura e litografia; as obras fotográficas, às quais são assimiladas as obras expressas por um processo análogo ao da fotografia; as obras de artes aplicadas; as ilustrações e as cartas geográficas; os planos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências (art. 2, 1).

Questão fundamental é que essa convenção trata da questão do direito do autor sobre sua obra em dois aspectos: patrimonial e moral. Ora, nos EUA, não se reconhecia a obra intelectual como uma extensão da personalidade do autor. Naquele país, essa relação do autor com sua obra prejudicaria o livre comércio e para os norte-americanos o que mais importa é a circulação da mercadoria. A obra intelectual é tratada como simples propriedade, que originariamente pertence ao autor, mas pode ser de qualquer pessoa que a adquira por uma transação de compra e venda.

Em outras palavras, o sistema norte-americano de proteção da propriedade intelectual tinha sido concebido para proteger somente o direito de cópia da obra, não havia proteção sobre o titular da obra, que nem sempre era o seu criador. Ao aderir a União de Berna, os EUA admitiram a proteção de direitos morais (artigo 6-bis da Convenção), entretanto, determinaram que os dispositivos sobre esses direitos não poderiam ser impostos pelas cortes norte-americanas, relevando-os a segundo plano. Isto é, na discussão sobre direitos autorais pesava mais a questão

²¹ GANDELMAN, M. **Poder e conhecimento na economia global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p.106.

dos direitos patrimoniais, os direitos econômicos e o livre funcionamento do mercado.

Portanto, a adesão dos EUA, tinha como objetivo tornar o país membro do foro onde se debatiam as questões concernentes aos direitos autorais, de forma a conseguir transferir as negociações sobre esse tema para um âmbito que fosse mais adequado aos interesses norte-americanos.

Outro ponto importante tratado na convenção é a questão do prazo de proteção (artigo 7 da Convenção) – a regra é de até 50 anos após a morte do autor (prazo decadencial), mas possibilita que o prazo seja ampliado pelas legislações locais. Esse tema é fundamental porque reconhece que o interesse coletivo é mais importante que o interesse individual, pois, ao estipular um prazo peremptório para que o autor obtenha vantagens econômicas com sua obra, reconhece que a obra tem um valor inestimável para o engrandecimento de toda a coletividade e, portanto, não pode manter sua exclusividade eternamente.

No artigo 7-bis, a Convenção trata da criação coletiva, reconhecendo a importância dessa forma de produção intelectual, que cada vez se torna mais comum em virtude das novas relações de direitos autorais; refiro-me principalmente ao software “open source” (código aberto) e as licenças da Creative Commons, que serão analisadas posteriormente neste trabalho.

Do artigo 9 ao 15 a Convenção dispõe sobre a autorização para a reprodução, transmissão pública, adaptação, entre outros usos das diversas obras intelectuais.

E no artigo 16, 1 da Convenção aborda-se o problema da contrafação e da pirataria; possibilitando a apreensão do exemplar produzido ilicitamente em qualquer um dos países da união onde a obra original tenha direito a proteção legal. Já no artigo 17 ressalva-se que as disposições da convenção não podem prejudicar, no que quer que seja, o direito que cabe ao Governo de cada país da União de permitir, vigiar ou proibir, por medidas legais ou de polícia interna, a circulação, representação e exposição de qualquer obra ou produção em relação às quais a autoridade competente devesse exercer esse direito. Trata-se, portanto, de um controle político do conteúdo da obra intelectual.

A Convenção de Berna foi renovada nas seguintes oportunidades: completada em Paris a 4 de Maio de 1896, revista em Berlim a 13 de Novembro de

1908, completada em Berna a 20 de Março de 1914 e revista em Roma a 2 de Junho de 1928, em Bruxelas a 26 de Junho de 1948, em Estocolmo a 14 de Julho de 1967 e em Paris a 24 de Julho de 1971.

Foi em Estocolmo que se firmou um acordo criando a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), com sede em Genebra, na Suíça, a qual, a partir daquele momento, seria o foro de negociações a respeito da propriedade intelectual.

O que caracteriza a OMPI é seu multilateralismo, pois nessa instituição os estados-membros negociam seus interesses em condições de igualdade, já que seus votos têm o mesmo valor, conforme estipula o artigo 6 da carta constitutiva da OMPI. Entretanto, essa conclusão sobre o multilateralismo é apenas aparente, pois, na prática, o que vale nos processos de negociação é o interesse do grupo mais influente economicamente, ou seja, dos países que controlam a produção e a distribuição internacional das obras intelectuais.

Ainda assim, tendo em vista a dificuldade de alcançar seus objetivos econômicos no foro de negociações da OMPI, os EUA iniciaram um processo de sanções unilaterais visando implementar um sistema de proteção da propriedade intelectual que fosse o mais próximo possível do modelo norte-americano, isto é, que priorizasse a circulação da obra intelectual e a liberdade do mercado, a despeito dos direitos do autor original daquela obra.

Com o fracasso da conferência diplomática de revisão da Convenção de Paris, em 1986, os EUA defenderam a mudança do foro de negociações sobre a propriedade intelectual da OMPI para o GATT (General Agreement on Tariffs and Trade – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio), não só porque na OMPI as decisões envolviam um número muito maior de participantes do que no GATT, mas principalmente porque no GATT o processo de votação era mais simples, o que facilitava a consecução dos objetivos norte-americanos.

Além disso, no GATT estavam sendo tratadas questões de acesso a mercados e a benefícios comerciais, o que representava um importante instrumento de barganha para os países mais desenvolvidos.

As negociações no âmbito do GATT, realizadas na Rodada Uruguai, entre 1992 e 1993, concluíram uma série de acordos, que incluíam a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), também tratavam dos procedimentos para a solução de conflitos, além de outros temas pertinentes à propriedade

intelectual e ao comércio internacional. Entre os acordos firmados estava o TRIPS – Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Right (Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio – ADPIC), que concerne justamente a aspectos de direito comercial.

Consoante o TRIPS, é garantido um mínimo de direitos materiais e processuais aos membros da OMC, os quais estão obrigados a adequar sua legislação nacional a esse mínimo exigido, mas podem conceder uma proteção mais ampla que a disposta, desde que não se contraponha àquelas estabelecidas nesse acordo (preâmbulo, (a), (b), (c), (d) e (e), além do art. 1, 1).

Os membros da OMC – conforme o artigo 2,1 do TRIPS – também estão obrigados a cumprirem os artigos 1 a 12, o artigo 19 da Convenção de Paris, bem como as disposições da Convenção de Berna, mais precisamente os artigos 1 ao 21, com exceção do artigo 6-bis dessa convenção, que trata dos direitos morais do autor (artigo 9, 1 do TRIPS). Portanto, nessa cláusula de exceção está patente a influência do poder econômico norte-americano.

Essa foi a grande guinada no sistema de proteção da propriedade intelectual, pois, para a solução de conflitos nessa área, os países-membros estão sujeitos às regras e procedimentos da OMC.

Entre os princípios básicos da OMC, podemos citar: o tratamento nacional (artigo 3) e o tratamento da nação mais favorecida (artigo 4). Além disso, há regras para assegurar que não se criem dificuldades procedimentais na aquisição e manutenção dos direitos de propriedade intelectual.

No artigo 61, que dispõe sobre procedimentos criminais, estipula-se que os membros devem incluir entre os instrumentos de combate a contrafação e a pirataria **em escala comercial**: a prisão e multas suficientes para intimidar a violação dos direitos, adequadas ao nível das penalidades aplicadas para crimes dessa gravidade. E em certos casos, os remédios disponíveis devem incluir apreensão, confisco e destruição das mercadorias ilícitas e de qualquer material e instrumento que tenha sido utilizado para a perpetração da ofensa.

Nesse ponto chamo a atenção para a expressão “**em escala comercial**” (“*commercial scale*”) como caracterizadora do instituto da pirataria de direitos autorais. Não obstante essa qualificação esteja patente no TRIPS, não é essa a concepção que tem sido aplicada em muitas das condenações por violação de

direitos autorais, ou seja, uma única cópia tem ensejado a punição do agente com multas assombrosas e também, em alguns casos, até com a prisão.

Outro artigo emblemático do TRIPS, ao qual se deve chamar a atenção é o artigo 7, pois determina que:

Article 7²²
Objectives

The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations.

Esses objetivos são logicamente antagônicos, mas, ainda assim, servem como princípios para a interpretação dos operadores do direito, principalmente, no que tange a importância social dos direitos da propriedade intelectual. Embora a propriedade intelectual seja considerada apenas no seu aspecto econômico nas relações internacionais, isto é, a partir de uma perspectiva negativa, em que os donos dos meios de distribuição e reprodução da obra intelectual negam o acesso às vantagens obtidas com o avanço tecnológico e cultural à sociedade em geral, a propriedade intelectual, enquanto conhecimento desenvolvido ao longo da história da humanidade, deve cumprir seu papel social de propiciar o desenvolvimento e progresso do homem. Ou seja, a propriedade não pode ser compreendida como um valor negativo, mas sim ser concebida enquanto um direito individual ou coletivo que permita o acesso a esse bem fundamental.

Em suma, podemos dizer que a mudança do âmbito de negociações sobre a propriedade intelectual, da OMPI para a OMC, serviu para atender aos interesses de uma minoria detentora dos meios de reprodução e distribuição dos bens intelectuais, que buscou nessa mudança, além de reafirmar a concepção da propriedade intelectual como uma mercadoria de alto valor comercial, estruturar um sistema de

²² A proteção e as sanções decorrentes dos direitos da propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e disseminação da tecnologia, para o benefício mútuo dos produtores e consumidores do conhecimento tecnológico e, de certo modo, propiciar a prosperidade econômica e social, e o equilíbrio entre direitos e obrigações. (tradução livre) Disponível em: <<http://www.wto.org>. Acesso em: 5 mar. 2007.

proteção dessa propriedade que priorizasse o aspecto econômico dessa proteção e desvalorizasse a importância social desse direito.

2.2. Conceito

Para BEVILÁQUA, direito autoral é o que tem o autor de obra literária, científica ou artística de ligar o seu nome às produções do seu espírito e reproduzi-las. Na primeira relação seria uma manifestação da personalidade do autor, na segunda seria de natureza real e econômica.²³

Abstendo-se de dar à criação jurídica a denominação de propriedade, claramente deixa ver que a distingue do domínio; collocando-a entre os direitos reais, quiz indicar que, por algum modo, havia similaridade entre essas manifestações jurídicas e do direito autoral. É um direito *sui generis*, que, ou entraria na Parte Geral, ou havia de ser intercalado no livro dedicado ao direito das coisas; que aqui são tomados numa acepção mais estensa do que se dissesse: — coisas corpóreas.²⁴

O conjunto de direitos que a lei reconhece ao autor sobre a obra produto da sua inteligência, e fundamentalmente, a faculdade de autorizar ou negar a sua reprodução é o conceito de Castan TOBEÑAS.²⁵

MANSO define o direito autoral como:

O conjunto de prerrogativas jurídicas de ordem patrimonial e de ordem não patrimonial atribuídas aos autores de obras intelectuais pertencentes ao reino da literatura, da ciência, e das artes, motivo por que são, tradicionalmente, denominadas de obras literárias, científicas e artísticas, locução, porém que não esgota as hipóteses de obras suscetíveis de proteção por tal ramo do Direito Privado. Assim é que há obras religiosas ou de arte aplicada à indústria e obras técnicas de natureza pragmática que também são ou podem ser objeto de direito autoral, de conformidade com o ordenamento jurídico nacional.²⁶

²³ CHAVES, A. **Direitos de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 1ª. ed. p. 16

²⁴ BEVILÁQUA, C. **Direito das Coisas. v.1. Coleção História do Direito Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 273.

²⁵ CHAVES, A. **Direitos de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 1ª. ed. p. 16.

²⁶ MANSO, E. V. **Contratos de Direito Autoral**. Revista dos Tribunais. 1989. p. 14.

CHAVES define o direito do autor como:

O conjunto de prerrogativas de ordem não-patrimonial e de ordem pecuniária que a lei reconhece a todo criador de obras literárias artísticas e científicas, de alguma originalidade, no que diz respeito à sua paternidade e ao seu ulterior aproveitamento, por qualquer meio durante toda a sua vida, e aos seus sucessores, ou pelo prazo que ela fixar²⁷.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma em seu preâmbulo que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram **promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla** (grifo nosso).

No artigo XVII, 1 a Declaração dispõe que toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros e no artigo XVII, 2 estipula que ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade. E ainda no Artigo XIX afirma que toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; **este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras** (grifo nosso).

Por último, no artigo XXVII dispõe que **toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios**.

Nenhum desses conceitos dos doutrinadores é adequado à concepção otimista de propriedade intelectual que defendemos, pois analisam o direito autoral despojado de sua função social. Por isso, ainda que reconheçamos a dificuldade de se definir o que seja direito autoral, sugerimos o seguinte conceito:

Direito Autoral é o direito fundamental, de natureza coletiva, que é cedido temporariamente a um indivíduo ou a uma coletividade, tendo sempre em vista o bem da comunidade, para que possam exercê-lo de forma pessoal ou conjunta, aproveitando o seu valor econômico e pessoal, podendo usá-lo como melhor lhe aprouver, desde que mantenham o seu caráter coletivo, solidário e não excludente.

²⁷ CHAVES, A. **Direitos de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 1ª. ed. p.17.

2.3. Natureza Jurídica

Ainda é bastante controversa a natureza jurídica desse instituto do Direito Civil. Segundo SILVIO RODRIGUES²⁸, houve muitas censuras ao nosso legislador por relacionar no direito das coisas a propriedade literária, científica e artística, pois, tradicionalmente a propriedade sempre teve por objeto bens corpóreos, entendendo que sua localização perfeita seria no âmbito da teoria das pessoas, na parte alusiva aos direitos de personalidade.

Há doutrinadores, inclusive, que chegam a negar a natureza jurídica do direito autoral em vista da importância social das idéias. É a opinião de Manzini ao dizer que o pensamento manifestado pertence a todos: é uma propriedade social. A inspiração da alma humana não pode ser objeto de monopólio. E De Boor, na revista *Droit d'Auteur (Direito do Autor)*, considera que as obras do espírito não são propriedade dos autores. Quando um ser humano, tocado pela graça, realizasse atos de criador, esse ser privilegiado jamais teria conseguido conceber sua obra se, por outro lado, não tivesse se alimentado no imenso tesouro representado pela cultura nacional. A obra protegida deveria pertencer à humanidade, mas como esta não tem órgão adequado para esta finalidade, o direito corresponderia ao Estado²⁹.

Para Gerber, Coelho Rodrigues, Medeiros e Albuquerque, não seria essa instituição um direito, mas um simples privilégio de exploração outorgado aos autores para incrementar as artes, as ciências e as letras.³⁰

De outro lado há quem defenda que a natureza jurídica desse direito corresponderia a um direito de personalidade (Bertand, Dahn, Bluntschli, Heymann, Tobias Barreto e Gierke), pois o direito do autor constituiria um elemento de personalidade, cujo objeto é a obra intelectual, tida como parte integrante da esfera da própria personalidade.³¹

Já Dernburg, Ahrens, Ihering e Köhler consideram-no como uma modalidade especial de propriedade, ou seja, a propriedade incorpórea, imaterial ou intelectual.³²

²⁸ RODRIGUES, S. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. 5. v: Direito das Coisas.

²⁹ CHAVES, A. **Direitos de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 1ª. ed. p. 9

³⁰ CHAVES, A. **Direitos de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 1ª. ed. p. 9.

³¹ CHAVES, A. **Direitos de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 1ª. ed. p. 9.

³² CHAVES, A. **Direitos de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 1ª. ed. p. 9.

Piola Caselli, define o direito de autor como uma relação jurídica de natureza pessoal-patrimonial, revela que não se trata de mera questão terminológica atribuir o termo propriedade ao direito de autor:

Denominar ou não propriedade ao direito de autor não significa somente atribuir-lhe uma designação que valha para distingui-lo de outros direitos, mas tem o sentido de conferir este instituto, antes de mais nada, à grande categoria dos direitos patrimoniais – de maneira particular, à subclasse de tal categoria que tem o nome de direitos reais – e, mais particularmente ainda, importa a sua assimilação ao principal instituto jurídico da classe dos direitos reais, o domínio ou propriedade, instituto que tem sua principal justificação moral, econômica e social, um próprio princípio informador que determina as suas finalidades e tendências e que elaborado por séculos de doutrina e prática judiciária, traz consigo um acervo enorme de regras, princípios, noções, definições e institutos jurídicos derivados³³.

Assim sendo, o direito de autor representa uma relação de natureza pessoal, na medida em que a personalidade do autor é um elemento constante do seu regulamento jurídico e também porque seu objeto constitui, sob certos aspectos, uma exteriorização da personalidade do autor, mantendo-se inseparável do criador da obra. E, de outro lado, constitui-se numa relação de direito patrimonial, porque a criação da imaginação é, ao mesmo tempo, tratada pela lei como um bem econômico.

BEVILÁQUA³⁴ assevera que há no direito do autor um elemento de cunho pessoal inseparável da personalidade do autor, ao lado do elemento econômico.

Do ponto de vista pessoal, consoante DAIBERT³⁵, é o direito em virtude do qual se reconhece ao autor a paternidade da obra, em razão de ser ela sua criação, sendo, portanto, inseparável do seu autor, perpétuo, inalienável, imprescritível, impenhorável, já que é atributo da personalidade do seu criador. Esse direito é designado como direito moral do autor, uma vez que não se subordina às regras que

³³ CASELLI, P. In CHAVES, A. **Direito do Autor**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 1ª. ed. p. 7.

³⁴ BEVILÁQUA, C. **Código Civil comentado**, v.3. p. 184.

³⁵ DAIBERT, J. Direito das Coisas In DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas v. 4.** p. 329.

regem a sua exploração econômica. Sob o aspecto patrimonial, apresenta-se como um direito de utilizar economicamente a obra, publicando-a, difundindo-a, traduzindo-a etc. No seu conteúdo ideal permanece inseparável do autor, mesmo que este ceda a alguém o direito de explorá-la economicamente; no seu conteúdo material pode ser a obra transferida como objeto de propriedade, por conseguinte, a obra feita é objeto corpóreo cujo domínio é transmissível.

Em outras palavras, em seu conteúdo ideal a obra permanece inseparável do seu criador, ainda que ele ceda a alguém o direito de explorá-la economicamente. No que diz respeito a seu conteúdo material, a obra, enquanto um objeto de propriedade, pode ser transferida, ou seja, a obra é objeto corpóreo, cujo domínio é transmissível.

3. O ARCABOUÇO JURÍDICO DOS DIREITOS AUTORAIS

A Constituição da República (CR) protege no art. 5º, XXVII os direitos autorais, estabelecendo que aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação, ou reprodução de suas obras, sendo esse direito transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

Ademais a CR assegura a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; bem como protege o direito dos criadores, intérpretes e às respectivas representações sindicais de fiscalizar o aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem (art. 5º, XXVIII).

Também é preciso mencionar o art. 5º, incisos XXII e XXIII, pois o direito autoral é tratado por nossa legislação como um direito de propriedade e como tal a CR garante o direito de propriedade, mas limita o seu exercício ao atendimento da sua função social.

Cabe aqui um parêntese, entendemos que o direito autoral não é uma espécie de direito de propriedade, trata-se de um direito próprio que tutela os interesses dos autores. Entretanto, para fins desse trabalho consideraremos o direito autoral como um direito de propriedade de forma a entendermos o tratamento jurídico desse instituto e o estudarmos na perspectiva que foi adotada na maioria das economias mundiais mais importantes.

Nos termos do art. 22 da Lei 9610/98, Lei de Direitos Autorais (LDA/98), pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou. Isto é, não é somente o aspecto material da obra intelectual que é protegido pelo direito, mais fundamental que o aspecto econômico (a garantia de retribuição financeira), é o conteúdo ideal do direito de autor, o qual consiste na prerrogativa de fazer com que sua obra permaneça intocável mesmo depois de sua alienação, de exigir que ela venha sempre acompanhada do nome de seu criador e de melhorá-la quando lhe aprouver.

O direito moral de autor, pessoal ou intelectual é inalienável e perpétuo, ao passo que o direito pecuniário, econômico ou patrimonial é temporário e transmissível.

São direitos morais do autor, de acordo com o art. 24 da precitada Lei: o de reivindicar a qualquer tempo a paternidade da obra; o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; o de conservá-la inédita; o de assegurar-lhe a integridade, opondo-se a sua modificação; o de modificá-la, de retirá-la de circulação ou de suspender qualquer forma de utilização autorizada, entre outros.

Ainda nesse sentido, não se pode considerar que os programas de computador, por sua natureza, não podem ser objeto de direitos morais de autor, porquanto não se revestem da personalidade e pessoalidade do autor, mesmo se considerarmos o programa uma obra coletiva: se fosse assim, como ficariam os direitos dos artistas que contribuem para a realização de uma obra cinematográfica.

Tal concepção cindiria os direitos do autor do software apenas a seu aspecto patrimonial, negando-lhes o direito ao reconhecimento da importância da arte técnica empregada para a sua elaboração, ainda que não tenha a natureza contemplativa a que estamos acostumados a observar nas composições literárias e nas pinturas, por exemplo.

Não parece ser esse o entendimento da Lei 9609/96, a qual dispõe em seu artigo 2º, § 1º:

§ 1º Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não-autorizadas,

quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação.

Não obstante essas restrições determinadas pela Lei, na sua substância, o direito moral do autor encontra-se resguardado, já que o mais fundamental, em seu conteúdo moral, é o direito à indicação da autoria e à preservação da integralidade da obra intelectual.

Toda essa problemática decorre do fato do direito de autor ainda estar profundamente arraigado a uma percepção de direito de propriedade tangível, concreto, o que não se coaduna com a noção de programa de computador, o qual só pode ser percebido num prisma virtual, enquanto uma criação voltada para existir numa realidade digital.

Negar ao programa de computador o seu valor de criação intelectual e, por conseguinte, menoscar o direito a ser objeto de tutela dos direitos morais autorais, significa reduzi-lo a uma simples ferramenta, dotada apenas de valor econômico.

Basta imaginarmos a criação de um jogo de computador, que requer a criação de cenários, personagens, desafios, desenho, voz, sons diversos etc., enfim, exige a imaginação de seus criadores e uma previsão dos efeitos desses elementos no público-alvo do jogo, obviamente, características predominantes em diversas obras artísticas. É claro que não se deseja comparar uma pintura, ou um filme com um programa de computador, mas reconhecer que a pessoalidade e a personalidade também estão presentes nessas criações.

O art. 4º da Lei 9609/98, distingue a condição do criador intelectual de software que realiza inovações e projetos sob a direção de empregador, contratante de serviços destinados à pesquisa e desenvolvimento de programas de computador. Nesse caso pertencem ao contratante os direitos relativos aos progressos tecnológicos alcançados pelo empregado. O empregado, salvo ajuste em contrário, receberá por suas realizações apenas o salário ou remuneração convencionado. Já aquele que desenvolve inovações ou cria programa de computador, sem qualquer relação com o contrato de trabalho ao qual está subordinado, tem a exclusividade de seus direitos de autor resguardada.

De acordo com MANSO³⁶, tomam-se como sinônimas as expressões direitos análogos, direitos vizinhos e direitos conexos aos direitos autorais, como indicativas de direitos que existem sobre um bem intelectual que se materializa com a realização de uma obra intelectual, nada obstante esse bem, em si mesmo, não seja, necessariamente, uma obra intelectual protegível. Entretanto, cada uma tem significado próprio:

Dada a natureza do objeto de cada qual, e em razão da maneira como nascem tais direitos, alguns são conexos aos direitos autorais (como os direitos dos artistas, p.ex que sempre nascem em conexão com o exercício do direito de apresentação de uma obra intelectual realizada mediante sua execução artística); outros, são direitos vizinhos dos direitos dos autores, dada a sua gravitação em torno destes por força de razões de ordem econômica, tal como se dá com os direitos dos editores e dos produtores fonográficos. Além disso, alguns são meramente análogos, visto que mereceram, por uma ou outra razão, tratamento jurídico (às vezes de ordem legislativa, como no caso do direito de arena, incluído na lei brasileira do Direito Autoral) análogo ao direito dos autores, como é o caso do direito à própria imagem.³⁷

Segundo MANSO, a Lei de Direitos Autorais brasileira estabeleceu uma verdadeira “salada” de conceituações e classificações, pois, inseriu entre os direitos de autor, a inclusão (de uma obra intelectual) em fonograma (art. 29, V) e os próprios direitos do editor (v.g. art. 63, § 1º).

O autor não é o beneficiário exclusivo do direito de proteção legal de suas obras, visto que com sua morte transmitem-se a seus herdeiros todos os seus direitos, os quais devem defender a integridade da obra, impedindo quaisquer alterações. Portanto, é intransmissível o direito moral do autor, só cabendo aos seus sucessores a exploração econômica da obra intelectual.

Quando a obra cair em domínio público (art. 24 § 2º) caberá ao Estado defender a integridade e autoria da obra.

³⁶ MANSO, E. V. **A informática e os direitos intelectuais**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais. p. 151.

³⁷ MANSO, E. V. **A informática e os direitos intelectuais**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais. p. 152.

No que reputa aos direitos patrimoniais do autor, pode o autor usar, gozar e dispor de sua obra, bem como autorizar sua utilização ou fruição, no todo ou em parte, por terceiros (arts. 28 e 29). Aliás, os direitos patrimoniais do autor, exceto os rendimentos resultantes de sua exploração não se comunicam, salvo se o contrário dispuser o pacto antenupcial (art. 39).

Segundo o art. 29, depende da autorização do autor: a reprodução; a edição; a tradução; a adaptação; o arranjo musical; a inclusão em fonograma ou produção audiovisual; a distribuição; a utilização direta ou indireta, por qualquer forma como: execução, representação, recitação ou declamação; radiodifusão sonora ou televisiva; emprego de alto-falantes; de satélites; sonorização ambiental; exposição, entre outros.

Também depende de autorização prévia do autor a transposição, ou seja, a transcrição de uma obra de um formato como romance, por exemplo, para uma peça teatral (art. 68). Entretanto, as paráfrases, paródias que não sejam reprodução de obra originária, nem lhe desmereçam, são livremente permitidas, conforme o art. 47 da Lei.

A LDA/98 não proíbe transcrições ou citações de obras alheias, já que não afetam economicamente o autor e fazem com que sua obra seja difundida e valorizada, desde que se indique a origem e o nome do autor, devendo a obra que as utilizar ter caráter científico, didático ou artístico.

Proíbe-se o plágio, a apresentação de textos elaborados por outrem, alterados ou não, como se fossem textos de sua autoria.

A lei permite que, em um só exemplar, se reproduza pequenos fragmentos de qualquer obra, desde que não se destine à venda ou à obtenção de lucro, sendo reservado unicamente ao uso privado do copista (art. 46, II).

É proibida, sem prévia e expressa autorização do autor, a utilização das obras teatrais, composições musicais ou literomusicais e fonogramas em representações ou execuções públicas, quando visarem o lucro direto ou indireto. Portanto, não se pode exhibir em locais de freqüência coletiva como teatros, cinemas, salões de baile, boates, bares, clubes, estádios, hotéis, motéis, feiras, restaurantes, além de meios de transporte de passageiros terrestres, marítimos, fluviais ou aéreos, as obras dos autores sem sua permissão.

Nesse sentido, ainda quando for permitida a exibição da obra, o autor poderá opor-se a sua representação quando entender que não esteja devidamente ensaiada, bem como tem o direito de fiscalizar o espetáculo, tendo livre acesso ao local onde estão sendo realizadas (art. 70).

Segundo Washington de Barros e Clóvis Beviláqua, quando não houver intuito de lucro nas representações, entende-se que o autor deu sua autorização para isso.

Quanto à duração, os direitos patrimoniais do autor estão limitados por um determinado período de tempo, para a sua exploração econômica. Essa determinação só vale para o seu conteúdo patrimonial, no que se refere ao conteúdo pessoal ou intelectual a duração é perpétua.

O tempo de vida do autor da obra intelectual é que serve de parâmetro para a contagem da duração do direito patrimonial do autor e, a partir do seu falecimento, contam-se mais 70 anos, durante os quais os seus herdeiros e sucessores poderão explorar economicamente a criação, conforme o art. 41 da LDA/98. Depois desse período a obra cai no domínio público, tornando-se patrimônio da coletividade. Para os programas de computador, a Lei 9609/98, em seu art. 2º, § 2º, assegura o prazo de 50 (cinquenta) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação. Ademais, a proteção aos direitos de que trata a Lei independe de registro (art. 2º, § 3º).

Não obstante o direito autoral seja personalíssimo, enquanto emanção da personalidade do autor; do ponto de vista econômico, pode ser cedido a terceiros, por negócio intervivos, a título provisório ou definitivamente, conforme nos ensina SILVIO RODRIGUES³⁸.

Determina o art. 49 da LDA/98: os direitos do autor podem ser, total ou parcialmente, transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de seus representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em direito.

³⁸ RODRIGUES, S. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. 5. v: Direito das Coisas.

Destarte, a transmissão total não compreende os direitos morais do autor e aqueles que sejam expressamente excluídos por lei, ademais requer que seja precedida por estipulação contratual escrita, sendo válida unicamente para o país em que a mesma foi firmada, salvo estipulação em contrário e apenas para a modalidade de utilização existente ao tempo de sua formulação.

Outro tema importante diz respeito às sanções decorrentes da violação dos direitos autorais. De acordo com o art. 103 da LDA/98 a impressão de obra intelectual, sem a permissão do autor, determina a perda dos exemplares impressos apreendidos e o pagamento do restante da edição pelo preço que foi vendido ou avaliado; se não for sabida a quantidade de exemplares da edição fraudulenta, o infrator deverá pagar o valor de três mil exemplares, além daqueles apreendidos.

Aquele que vender ou expuser à venda, obra reproduzida com fraude, será solidariamente responsável como contrafator e ainda, quando a reprodução houver sido feita no estrangeiro, responderão o importador e o distribuidor (art. 104).

Além disso, nos termos do art. 105, quaisquer transmissões e retransmissões, por qualquer meio ou processo, bem como a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas protegidos, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, deverão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais. Quando o infrator for reincidente na violação dos direitos autorais e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro.

Quem deixar de indicar ou de anunciar o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor, intérprete ou executante, responde por danos morais, está obrigado a divulgar a autoria por três dias consecutivos no mesmo horário em que se deu a infração. No caso de reprodução gráfica ou fonográfica, deve publicar errata nos exemplares ainda não distribuídos por três vezes consecutivas (art. 108).

O art. 106 dispõe que a sentença condenatória poderá estabelecer a destruição dos exemplares ilícitos, assim como das matrizes, moldes, negativos e outras espécies usadas para o cometimento do ilícito. Também poderá determinar a perda de máquinas, equipamentos e insumos destinados à reprodução ou, quando servirem exclusivamente para o fim ilícito, ordenar sua destruição.

De qualquer forma responderá por perdas e danos, conforme o art. 103, quem alterar, suprimir, modificar ou inutilizar mecanismos insertos nas obras para impedir ou restringir sua cópia, ou os sinais codificados que dificultem a comunicação ao público de obras protegidas também com o intuito de evitar a cópia. Quem suprimir ou alterar, sem autorização, qualquer informação sobre gestão de direitos, responde por perdas e danos, nunca inferiores aos valores que resultariam da aplicação do art. 103, bem como quem, sabendo dessa violação, disponibilizar as obras, de qualquer forma, ao público.

Cabe ao titular dos direitos patrimoniais de autor ou conexos requisitar à autoridade policial competente a interdição de representação, execução, transmissão ou retransmissão de obra intelectual, inclusive fonograma, sem autorização, assim como a apreensão da receita bruta, para garantia de seus direitos.

A violação de direitos autorais nas representações ou execuções realizadas nos locais definidos no art. 68 (teatros, cinemas, bares, clubes etc.), impõe aos proprietários desses estabelecimentos à responsabilidade solidária com os organizadores dos espetáculos pelos danos causados (art.104).

Por fim, o Código Penal, art. 184, §§ 1º a 4º, alterado pela Lei 10695/2003, estabelece sanções para a proteção de obra intelectual, fonograma e videofonograma. E a Lei 10695/2003, que acresceu os arts 530-A e 530-H ao Código de Processo Penal, estabelece determinações sobre o procedimento a ser seguido no caso de violações aos direitos autorais.

3.1. Fair Use Doctrine

O princípio do *fair use* (uso justo, ou uso honesto) é uma tentativa da legislação americana de fixar parâmetros para a utilização legal de obras intelectuais, tendo como fundamento a sua apropriação com finalidade educativa. Mesmo que a obra ainda não tenha sido publicada, é possível usá-la honestamente, respeitadas as regras fixadas na lei americana.

§ 107 · Limitations on exclusive rights: Fair use³⁹

³⁹ Disponível em: <<http://www.copyright.gov/title17/>> Acesso em: 17 nov. 2006.

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include —

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for non profit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

Esse princípio tem claramente um escopo social, é um tentâmem de restabelecer o equilíbrio entre o caráter econômico e a importância que os bens intelectuais representam para o ser humano, ainda assim, é um resgate simbólico, bastante tímido dos valores sociais, pois essas vantagens não retribuem a coletividade pelo progresso tecnológico e cultural apropriado ao longo da história da civilização.

Basta atentarmos para os gêneros intelectuais atingidos por essa prerrogativa – quais sejam, os trabalhos utilizados para propósitos críticos, comentários, reportagens, educação (incluindo múltiplas cópias para uso em classe), trabalhos escolares, pesquisas, que, segundo a *section 107 do Copyright Act*, não violam os direitos de *copyright* – para percebemos o caráter social dessa medida.

Ainda assim para ser considerado *fair use* deve atender a quatro requisitos: 1) o propósito e a característica desse uso justo, inclusive é preciso considerar se o uso tem natureza comercial ou tem finalidade educativa e não lucrativa; 2) a natureza da obra intelectual protegida pelo direito de cópia; 3) a substância e a quantidade da porção da obra utilizada, em relação à obra completa; 4) os efeitos do uso justo sobre o potencial comercial ou o valor econômico da obra protegida pelo direito de cópia.

O uso justo coaduna-se perfeitamente com as normas estatuídas na legislação brasileira (art. 46 da Lei 9610), na medida que, permite o uso livre de uma obra, desde que empregada com objetivo de permitir ensaios críticos; para embasar comentários; reproduzidas em reportagens publicadas em diários ou periódicos; utilizadas com finalidade didática em estabelecimentos de ensino, quando não tiver

intuito lucrativo; bem como para utilização em bolsas de estudo ou pesquisa. Em nenhum desses casos ocorre violação de copyright.

Exige-se, portanto, para o estabelecimento do uso justo, de acordo com a legislação pátria, que se respeitem algumas características: o uso honesto das obras só se justifica quando não houver exploração econômica, ou seja, quando for dirigida à educação, em sentido amplo; é preciso sempre mencionar a autoria do original; é também necessário avaliar a quantidade da obra reproduzida em relação a mesma como um todo, isto é, via de regra, permite-se a cópia parcial, a reprodução integral é considerada exceção, mas também é possível, desde que não tenha intuito lucrativo; outro requisito é a ponderação dos efeitos do uso justo em relação ao potencial econômico da obra reproduzida, se o uso honesto puder prejudicar o aproveitamento econômico e financeiro do autor, deverá ser coibido.

A despeito desse princípio universal, tornou-se notório o caso do professor russo Alexander Ponosov que está sendo processado pela Promotoria Geral da Rússia, num tribunal regional de Vereshchaginsky, sob acusação de ter posto em uso, sem as devidas licenças, softwares de propriedade imaterial da Microsoft, em computadores da escola que ele administra em Sepych. A pena pode chegar a 5 anos de prisão, em campo de concentração na Sibéria, mais multa superior a US\$ 10 mil dólares (valor das ditas licenças).

No Brasil, a pena é de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano; a multa pelo crime, dependendo de como nossas leis são interpretadas, poderia chegar a milhões de dólares, de acordo com jurisprudência inflacionária já firmada pelo STJ em 16-10-2006 (REsp 740.780-RS 4ª T.), em que a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça condenou a empresa Masal S/A Indústria e Comércio a pagar à Microsoft e à Autodesk Incorporated cinco vezes o valor de venda de cada reprodução dos programas de computador piratas que usava. Além disso, a empresa foi condenada a pagar pelos programas usados ilegalmente e a deixar de utilizar os piratas, sob pena de multa diária de 20 salários mínimos.

O processo contra o professor Ponosov é parte da intensa campanha que a Rússia vem promovendo com o intuito de fazer parte dos países membros da Organização Mundial de Comércio (OMC).

Embora o programa de computador tenha sido utilizado com fim educativo, já que não houve qualquer tentativa de obter um lucro financeiro com sua utilização,

mas apenas uma vantagem intelectual para os alunos da escola primária, não se aplica o princípio do uso justo, na lei russa o que vale é a lei ditada pelo mercado norte americano, pelo menos no que tange aos direitos de propriedade intelectual.

Nesse caso, não importa o princípio do *fair use*, vale a lei econômica que exige a autorização para o uso lícito do bem intelectual, e essa lei, consagrada no direito da propriedade intelectual, precisa de exemplos punitivos que intimidem a cópia não autorizada, e intimidem, mais ainda, a visão otimista dos direitos de propriedade intelectual, questionadora da apropriação indevida do conhecimento de nossos antepassados.

3.2. *First Sale Doctrine*

Considerando a grande influência exercida pelo sistema norte-americano de proteção dos direitos da propriedade intelectual, é indispensável que se analise a célebre *First Sale Doctrine*, regulada pela seção 109, (a) do estatuto do *copyright* americano.

§ 109 - Limitations on exclusive rights⁴⁰: Effect of transfer of particular copy or phonorecord

- (a) Notwithstanding the provisions of section 106(3), the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord.

A *First Sale Doctrine* permite ao adquirente da obra uma série de direitos, como o de dar, vender e alugar a obra a outrem, sem que para isso necessite de permissão do autor da obra. No mundo físico, esse princípio funciona muito bem. Os problemas acontecem quando o transportamos para a Internet.⁴¹

A questão é que, por enquanto, é muito difícil manter um controle da distribuição da obra na rede mundial de computadores. Pois consoante essa

⁴⁰ Disponível em: <<http://www.copyright.gov/title17/>> Acesso em: 17 nov. 2006.

⁴¹ TESSLER, Leonardo Gonçalves. O Direito Autoral e a Reprodução, Distribuição e Comunicação de Obra ao Público na Internet. In: **Propriedade Intelectual & Internet: Uma Perspectiva Integrada à Sociedade da Informação**. WACHOWICZ, Marcos (coord.) Curitiba: Juruá Editora, 2002. p. 173 a 205.

doutrina, se alguém adquirisse legalmente um bem cultural através de *download*, a partir da compra desse produto, o adquirente poderia dispor do bem como melhor lhe aprouvesse. Dessa forma seria capaz de transmitir a obra a outra pessoa na Internet, e aquele que a recebesse poderia fazer o mesmo, numa escala sem fim.

A opção seria o adquirente, que repassasse o produto cultural, apagá-lo do disco rígido do seu computador, ou então destruir ou apagar a mídia (CD, DVD etc.) em que a obra intelectual estivesse fixada. Porém, essa alternativa é inviável na Internet.

Essa dificuldade tecnológica decorre da facilidade de dispersão da cópia digital e também da dificuldade de se distinguir a cópia do original. De fato, muitas vezes a cópia digital tem a mesma qualidade do original, ou a perda de qualidade é tão pequena que é insignificante para um leigo. No caso de DVDs de filmes é possível, inclusive, descriptografar seu conteúdo, permitindo cópias sem travas que possibilitam o adquirente, por exemplo, selecionar cenas fora do menu iniciar.

No que tange ao compartilhamento de arquivos, mediante os programas P2P, é óbvio que aquele que compartilha uma obra intelectual pela rede não destrói sua cópia, assim que faz o *upload*. Poderíamos especular que no compartilhamento a *First Sale Doctrine* é aplicada em toda a sua amplitude, mas não é essa a idéia que defendemos; conforme dissemos antes a justificativa para esse comportamento é uma visão otimista da propriedade intelectual, que resgata um valor precioso do bem intelectual, a importância do conhecimento para o desenvolvimento do ser humano.

A legislação brasileira não adota a *First Sale Doctrine*. Diz o art. 29, IX da LDA/98, que depende da autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero. E no art. 37 nega completamente esse princípio, pois, assevera que a aquisição do original de uma obra, ou de exemplar, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor, salvo convenção em contrário entre as partes e os casos previstos na própria lei.

3.3. A Doutrina da Cópia Privada

Dizia o artigo 49, II da antiga Lei de Direitos Autorais de 1973:

Art. 49. Não constitui ofensa aos direitos do autor:

II – a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro;

Esse artigo que constava do Capítulo IV da LDA/73, que tratava das limitações aos direitos do autor, não recebeu o mesmo tratamento na Lei de Direitos Autorais de 1998 (LDA/98), pois, o legislador pressionado pelas demandas, nacionais e internacionais, dos donos do direito de cópia e de distribuição dos bens intelectuais, resolveu restringir esse direito, que era conhecido como “cópia privada”.

Determina o artigo 46 da LDA/98, do Capítulo IV, Das Limitações aos Direitos Autorais:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

II – a reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

Sob o pretexto de que a reprografia⁴² – isto é, a multiplicação de exemplares de uma obra, de impressos em geral e de documentos em fotocópias, computação eletrônica, fitas magnéticas, microfilmes ou microfichas, videocassetes etc. que se tornaram rotina na sociedade atual – causava grandes prejuízos às empresas produtoras e distribuidoras de bens intelectuais, inclusive acarretando a perda de muitos empregos, aboliu-se a cópia privada; permitindo-se somente a cópia de pequenos trechos das obras para uso privado.

A cópia privada é um instituto bastante utilizado em outros países, como fundamento para absolver cidadãos que são acusados de pirataria pelos monopólios internacionais de distribuição e produção de *copyrights*. Recentes decisões levantadas na França e na Espanha determinaram que a prática de *download* e

⁴² GANDELMAN, H. **De Gutenberg à Internet: direitos autorais na era digital**. 4 ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 76.

upload pela Internet caracteriza a “cópia privada” e que baixar arquivos pela rede para compartilhar com os amigos não seria um crime contra o direito de propriedade intelectual, pois faltaria a essa conduta um intuito lucrativo.

A modificação desse artigo pela LDA/98 criminalizou a conduta de compartilhamento pela Internet, colocando num mesmo patamar piratas e violadores de direitos autorais, atentando contra o princípio da isonomia e o direito ao conhecimento.

Não se pode confundir o instituto da “cópia privada” com a prática de *back up*⁴³, pois esta atividade serve para evitar prejuízos em virtude de danos causados a mídia em que foi fixada a cópia original, já a “cópia privada” é uma reprodução digital de uma propriedade cultural, que pode decorrer ou não de uma cópia original pertencente ao sujeito que a possui.

A partir desta distinção, poderíamos imaginar mais um exemplo de uso honesto do compartilhamento de arquivos. Por exemplo, o sujeito que tem uma cópia original de um CD de música, adquirido legalmente, contudo esse disco acaba se deteriorando em virtude de seu uso e em algumas faixas a música “pula” ou não toca. Nesse caso seria perfeitamente razoável que esse sujeito pudesse fazer um *download* do disco que foi danificado, afinal de contas ele já tinha pago por uma cópia dessa propriedade. Contudo, se seguíssemos a risca a lógica atual da propriedade intelectual, essa prática seria considerada pirataria, ou seja, o sujeito deveria comprar um novo CD para não incidir na prática de um ilícito.

Algumas pessoas fazem cópias dos discos, programas, jogos etc., que compraram para evitar que o original venha a ser danificado pelo uso e pelo desgaste natural pelo tempo, seria algo equivalente ao backup.

É por isso que as travas antipirataria que impedem a cópia de um bem cultural, muitas vezes prejudicam aqueles que não praticam a pirataria, já que impedem que as pessoas façam cópias de suas mídias e usem emuladores⁴⁴ para

⁴³ *Back up* é a atividade pela qual um indivíduo copia um documento seu, que ele adquiriu legalmente, com intuito de guardar uma cópia para garantir uma proteção em caso de perda ou danificação do documento original.

⁴⁴ Emuladores são programas que permitem um indivíduo reproduzir virtualmente um CD, jogos de computador etc, sem precisar usar a mídia física. Isso evita que se danifique a mídia, em virtude de seu uso. Um bom emulador é o Daemon Tools. Para evitar que as pessoas usem emuladores, as

evitar danificar o original. No entanto, segundo o DMCA (*Digital Millenium Copyright Act*), que foi incluído na *Copyright Act* americana, a violação desses mecanismos de proteção é uma forma de infração dos *copyrights*. E como a lei americana serve de parâmetro para as demais leis de direitos autorais, provavelmente, todos os países devem adotar essa conduta como ilegal. No Brasil nós temos o art. 103 da LDA/98 que recepciona essa visão, pouco importando se a violação tenha sido realizada em função de um uso justo.

Assim, qualquer pessoa que colocar a disposição, baixar ou usar um mecanismo que contorne essas travas antipirataria pode ser considerado um infrator de direitos autorais, ainda que o faça de acordo com o princípio do uso justo.

4. O COMPARTILHAMENTO DE BENS CULTURAIS

4.1. A Arquitetura P2P (Peer to Peer)

Há muita confusão sobre o que seja P2P, pois a terminologia é nova e os estudiosos não chegaram a um consenso sobre o assunto. Entretanto, o conceito mais adequado dessa tecnologia é o que a define a partir da relação de comunicação que se estabelece entre os computadores envolvidos no compartilhamento de informações.

Primeiro P2P é a abreviatura em inglês de *peer-to-peer* (par-a-par), o que explicita perfeitamente a relação entre os computadores durante a sua comunicação, pois eles são tratados como pares, como iguais.

Podemos dizer que P2P é uma tecnologia capaz de estabelecer uma espécie de rede de computadores virtual, em que cada computador possui capacidades e responsabilidades equivalentes.⁴⁵

empresas detentoras do conteúdo intelectual têm criado travas que verificam a existência desses programas e impedem a sua utilização.

⁴⁵ Disponível em: <http://www.webopedia.com/TERM/p/peer_to_peer_architecture.html> Acesso em: 12 dez. 2006. "Often referred to simply as peer-to-peer, or abbreviated P2P, a type of network in which each workstation has equivalent capabilities and responsibilities."

Distingue-se da arquitetura cliente/servidor, tão comum na Internet, usada, normalmente, quando um usuário acessa uma página de conteúdo (*webpage*), na qual alguns computadores são dedicados a servirem dados a outros.⁴⁶

Ou seja, na arquitetura cliente/servidor um usuário de computador cliente que busque um arquivo específico, como uma música no formato MP3, envia uma mensagem ao computador servidor perguntando se este tem o arquivo desejado para ser baixado (*download*), se tiver, inicia-se o processo de cópia desse arquivo.

O que caracteriza a estrutura cliente/servidor é o fato de os arquivos estarem disponíveis numa página da Internet, num endereço fixo denominado URL⁴⁷, que nada mais é do que um número. Nesse sistema é mais fácil controlar a prática de *downloads* ilegais de conteúdo protegido por direitos de propriedade intelectual, pois basta fechar a página da Internet que disponibiliza os arquivos ilegais.

Ambos computadores (cliente e servidor) são identificados na rede por endereços IP⁴⁸, que possibilitam encontrar cada um desses computadores. O IP é um número fixo, que, grosso modo, é fornecido pelos provedores de acesso à Internet (ISP – Internet Service Providers, em inglês) – serviços como IBest, IG, TERRA, UOL etc. Isso também facilita a responsabilização das pessoas que estão violando direitos de copyright, tanto o usuário, quanto o servidor, pois, permite identificar os indivíduos que estão infringindo a lei. Geralmente, a responsabilidade recairá sobre o servidor, pois é esse que disponibiliza os bens intelectuais violados, guardados em um banco de dados.

A quantidade de endereços IP é limitada, entretanto, nas redes P2P não há endereços IP fixos; os nós da rede estão fora do sistema DNS (*Domain Name*

⁴⁶ Disponível em: <http://www.webopedia.com/TERM/p/peer_to_peer_architecture.html> Acesso em: 12 dez. 2006. “This differs from client/server architectures, in which some computers are dedicated to serving the others. Peer-to-peer networks are generally simpler, but they usually do not offer the same performance under heavy loads”.

⁴⁷ Universal Resource Locator (URL) é um número que serve para um computador localizar um endereço de uma página na rede.

⁴⁸ IP (Internet Protocol) é um número único para cada computador conectado a Internet; é composto por uma seqüência de 4 números que variam de 0 até 255. Por exemplo: 189.162.25.15.

Service – Serviço de Nomes de Domínio)⁴⁹. Por isso, nas redes P2P os computadores tem uma significativa ou uma total autonomia em relação aos servidores centrais.

Explica SHIRKY: “Up until 1994, the whole Internet had one model of connectivity. Machines were assumed to be always on, always connected, and assigned permanent IP addresses. The DNS system was designed for this environment, where a change in IP address was assumed to be abnormal and rare, and could take days to propagate through the system”.⁵⁰

Depois disso, para acessar a rede mundial de computadores, as máquinas precisavam estar ligadas por um modem, com seu próprio endereço IP. Posteriormente, como não havia endereços IP suficientes para atender a demanda crescente da Internet, os provedores de acesso passaram a designar um endereço IP dinâmico, fornecendo a cada computador um número diferente, variável e provavelmente “mascarado”, em cada sessão que um cliente ingressava na rede.

Essa estrutura funcionava bem porque os computadores usuários não eram tratados como parte integrante da Internet, ainda mais porque o hardware e o sistema operacional dessas máquinas, por serem considerados inferiores aos servidores, dentro dessa arquitetura, tinham um hardware e um sistema operacional que não oferecia muitos recursos que pudessem contribuir para a rede.

Entretanto, como se sabe, os computadores, bem como os softwares, continuaram a evoluir vertiginosamente, então, essa rede de computadores usuários, até então relevada a segundo plano, passou a ser interessante para o desenvolvimento da Internet.

⁴⁹ Os computadores DNS são dedicados, nem sempre exclusivamente, a atribuição de endereços IP, ou seja, são responsáveis em transformar os nomes de domínio, como <http://ufpr.br/> em números que são compreendidos pelas máquinas, permitindo, dessa forma a comunicação entre os computadores da rede. Isso ocorre porque os nomes de domínio são mais fáceis de serem lembrados do que os números de endereços IP.

⁵⁰ Até 1994 o modelo de conexão de toda a Internet era um modelo em que as máquinas fingiam estar permanentemente ligadas, conectadas e designadas para um endereço IP perene. O sistema DNS foi desenhado para esse ambiente, em que a mudança em um endereço IP era considerada anormal e rara, demorando dias para se propagar pelo sistema. (tradução livre) SHIRKY, Clay. What is P2P... And What Isn't. Disponível em: <<http://localhost/pub/a/p2p/2000/11/24/shirky1-whatisp2p.html>> Acesso em: 24 nov. 2006.

Em 1996, houve o lançamento do ICQ (*I Seek You* – Eu Procuro Por Você), uma forma de comunicação instantânea entre os usuários da rede. O ICQ desviava, ignorava o sistema DNS e tinha seu próprio protocolo com um diretório de endereços que permitiam mudar o endereço IP em tempo real.

Esse estratagema foi utilizado por diversos programas, inclusive programas P2P. Só o NAPSTER foi capaz de criar 23 milhões de endereços não DNS em menos de 2 (dois) anos. O número de endereços P2P, em apenas 4 (quatro) anos igualou-se ao total de endereços DNS e esse número continua a crescer bem mais rápido do que a quantidade do sistema DNS. Percebe-se que essa é a grande vantagem da rede P2P.

Numa definição mais apurada que encara a denominação P2P a partir de um enfoque que tem como cerne a descentralização da rede, ou seja, uma arquitetura em que a maior parte do hardware responsável por um programa ou um serviço da Internet funcionar não pertence aos servidores desse programa ou serviço, mas pertence aos usuários; nessa arquitetura o Napster funcionaria como um programa P2P, mesmo que mantenha em um servidor central um índice dos arquivos que serão compartilhados⁵¹.

Nessa estrutura a conexão variável de computadores e a atribuição de endereços temporários na rede é a regra, além disso, os nós da rede desempenham um papel fundamental, contando com uma autonomia significativa.

Sendo assim, o NAPSTER é P2P porque os nós da rede desviam do sistema DNS e porque cede o controle da transferência de um arquivo qualquer para esses nós (usuários). Ademais, o NAPSTER possibilita que os usuários sejam os *hosts* (anfitriões – os computadores centrais que controlam e armazenam os dados utilizados por outros computadores da rede) na relação de compartilhamento de dados.

Outra parte dos estudiosos define uma rede Peer-to-Peer (P2P) como sendo aquela constituída por computadores ou outros tipos de unidades de processamento que não possuem um papel fixo de cliente ou servidor, pelo contrário, costumam ser considerados de igual nível e assumem o papel de cliente ou de servidor

⁵¹ SHIRKY, Clay. Disponível em: <<http://localhost/pub/a/p2p/2000/11/24/shirky1-whatisp2p.html>>

Acesso em: 24 nov. 2006.

dependendo da transação sendo iniciada ou recebida de um outro *peer* (par) da mesma rede.

O funcionamento dos programas P2P é revolucionário e simples. O programa P2P estabelece a ligação entre os diversos usuários da rede que estão conectados, buscando informações nesses computadores – que podem ser servidores ou usuários dependendo da posição que ocupam no compartilhamento – sobre os arquivos que eles detêm (músicas, textos, vídeos, jogos, programas etc., tudo que possa ser digitalizado). Verificadas essas informações, o programa gerencia o *upload* e o *download* desses arquivos. A velocidade vai depender da banda de transferência de cada um desses computadores.

Há diversos programas P2P, entre os mais usados estão o Bittorrent, eMule, Shareaza, eDonkey, LimeWire, DC++, Ares Galaxy etc. O funcionamento deles é basicamente o mesmo, a diferença é a rede que eles usam: rede Gnutella, Kademilla, Direct Connect network, BitTorrent etc.

4.2. Pirataria e Acesso Cultural

Atualmente o conceito de pirataria foi concebido para atender a constante ampliação do que seja propriedade intelectual. Ou seja, na medida em que se amplia o conceito de propriedade intelectual, amplia-se o conceito de pirataria, enquanto violação desse direito. Nesse sentido, qualquer cópia não autorizada de um objeto alcançado pelo dogma sagrado da propriedade intelectual é considerada pirataria.

Mais do que isso, toda cópia não autorizada constitui-se em roubo; pirataria e roubo são sinônimos na sociedade da informação. Esse é um dos sentidos que podemos emprestar ao termo pirataria, ou seja, uma forma de se apropriar do lucro do autor. Sendo assim, a questão é saber se esse lucro seria atingido se o material pirateado fosse distribuído pela técnica de reprodução em que é vendido atualmente e também se a nova tecnologia seria capaz de oferecer essa margem de lucro especulada.

Ou como assevera LESSIG:

If “piracy” means using value from someone else’s creative property without permission from that creator—as it is increasingly described today — then every industry affected by copyright today is the product and beneficiary of a certain kind of piracy. Film, records, radio, cable TV. . . . The list is long and could well be expanded. Every generation welcomes the pirates from the last. Every generation—until now.⁵²

É preciso, antes de qualquer coisa, verificar que tipo de conteúdo está sendo compartilhado através dos programas P2P e qual a qualidade desse *download*, ou seja, qual o interesse das pessoas que compartilham esses arquivos. Convém esclarecer que nem todo o material disponibilizado pelas redes P2P é material protegido pelos direitos autorais, ou porque se tornaram de domínio público, ou porque foram cedidos direitos de reprodução parcial, ou ainda, porque não foram produzidos sobre o paradigma do *copyright*, são de domínio livre.

Quanto ao que pode ser compartilhado, a resposta é simples: tudo aquilo que puder ser digitalizado. Sendo assim, músicas no formato MP3⁵³, vídeos (inclusive filmes cinematográficos), textos (documentos de todos os tipos), programas de computador, imagens, jogos, entre outros podem ser disponibilizados pelos usuários da rede P2P.

Além disso, podemos distinguir diversos comportamentos de compartilhamento.

Há pessoas que usam o compartilhamento como forma de aquisição de conteúdo protegido pelos direitos autorais, ou seja, aqueles que adquirem – pelos programas P2P – produtos que normalmente adquiririam numa loja. Por exemplo, fazem *download* de um disco do Ramones, que provavelmente comprariam se não

⁵² “Se pirataria significa usar algo da propriedade criativa de alguém sem sua permissão – como é exageradamente descrito atualmente, então toda indústria do copyright é o resultado ou é beneficiária de um certo tipo de pirataria. Filmes, discos, rádio, TV a cabo... A lista é longa e pode muito bem aumentar. Toda geração é pirata da geração anterior. Toda geração – até agora”. (tradução livre).

LESSIG, Lawrence. **FREE CULTURE: How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity**. New York: The Penguin Press, 2004. p. 61.

⁵³ MP3 é uma tecnologia de compactação de músicas bastante popular entre os compartilhadores de conteúdo. A vantagem é que diminui bastante o tamanho de uma música, possibilitando que se grave num CD muito mais músicas do que era possível até a invenção desse formato de compactação e com a mesma, ou melhor, qualidade.

tivessem o acesso gratuito através dos programas P2P. Nessa categoria podemos incluir aqueles que, se não tivessem o acesso gratuito, não comprariam o produto cultural. Esse caso é claramente um exemplo de violação de direitos de propriedade intelectual, ainda que em alguns casos não tenhamos pirataria, pois não há intento de lucro.

Outra categoria seria a das pessoas que usam o compartilhamento como forma de experimentar o produto cultural antes de comprar. Essas pessoas não podem ser tachadas de piratas. Trata-se de um uso justo dos programas P2P, pelo menos para aqueles que baixam o bem cultural com intuito de comprar posteriormente. O problema nesse caso está naquele que disponibiliza a obra intelectual, já que ao fazer o *upload* desse arquivo ele não sabe quantas pessoas que irão baixá-lo tem a intenção de experimentar. Esse sujeito segundo o paradigma atual de proteção dos bens culturais seria considerado um pirata, mesmo que não tenha a intenção de promover a cópia lucrativa desse produto.

Também poderíamos colocar como uma terceira categoria as pessoas que se valem do compartilhamento como forma de adquirir produtos culturais que não são mais vendidos, ou seja, produtos que os distribuidores perderam o interesse em comercializar. Nesse caso, ainda assim, constitui violação dos direitos autorais, já que, não obstante o dono do *copyright* não tenha interesse em comercializar mais o produto cultural, ele mantém a propriedade, ou melhor, o direito de acesso a esse produto.

E também há uma parte que usa o compartilhamento como forma de distribuição de conteúdo livre e de divulgação de conteúdo livre. Nesses casos jamais poderemos considerar que haja pirataria, segundo o paradigma atual, trata-se novamente de um uso justo da tecnologia P2P.

Como podemos perceber nem todos esses comportamentos podem ser classificados como prejudiciais, no sentido de causarem danos aos lucros de distribuidores de conteúdo ou aos criadores dessas obras intelectuais. Entretanto, se seguirmos a fio o conceito atual de pirataria, esses comportamentos, salvo o compartilhamento de conteúdo livre, são violações de propriedade intelectual. E, portanto, são passíveis de serem punidos penal e civilmente.

O sentido de propriedade intelectual que mais condiz com o tempo que estamos vivenciando é aquele que transforma esse direito num direito de acesso,

isto é, num direito em que cabe ao proprietário negar ou permitir o acesso à criação intelectual por ele disponibilizada. Nesses termos a lei funciona como um instrumento de proibição do acesso não autorizado, através da repressão penal e pecuniária e da intimidação psicológica.

RECURSO ESPECIAL. DIREITOS AUTORAIS. MÚSICA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA.

DEVER DE INDENIZAR.

Quem utiliza obra **sem autorização** do respectivo titular deve indenizar, além de pagar remuneração autoral ordinariamente devida. A indenização tem efeito pedagógico e visa desencorajar o comportamento reprovável de quem se apropria indevidamente da obra alheia.⁵⁴

No mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - DIREITOS AUTORAIS - VIOLAÇÃO - DIVULGAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE OBRA FOTOGRÁFICA - DANOS MORAIS RECONHECIDOS - DANOS MATERIAIS - MANTIDOS CONFORME FIXAÇÃO DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU RECURSO DESPROVIDO 1- O uso indevido da obra intelectual fotográfica porque **não autorizado expressamente pelo autor** e a divulgação em revista de grande circulação afronta as regras previstas no art. 29, incisos I e II; e art. 79 caput e § 1º da Lei de Direitos Autorais. 2- Dano materiais mantidos conforme fixação do juízo de primeiro grau. 3- O caso dos autos diz com a hipótese de tutelabilidade do direito à imagem, por isso o dever legal de reparar decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo. O dano consiste na utilização indevida da imagem com fins lucrativos, dispensando-se, deste modo, a demonstração do prejuízo material ou moral. 4- O dano moral deve ser considerado "in re ipsa", por conta disto, dispensa-se a sua efetiva comprovação. Entende-se suficiente a demonstração do ato ilícito e do nexo de causalidade, pois o dano moral deflui como consequência natural do ilícito (Precedentes do STJ). 5- A verba indenizatória deve ser arbitrada em

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Humberto Gomes De Barros. Unanimidade – T3 - Terceira Turma. 09 ago. 2007 – REsp 885137 / RJ ; Recurso Especial 2005/0054541-8; DJ 27 ago. 2007 p. 240.

conformidade com os critérios objetivos e subjetivos do caso concreto, observados os parâmetros adotados pela jurisprudência desta Câmara, bem assim do STJ, mas, essencialmente, deve buscar a compensação da vítima, evitando enriquecê-la indevidamente.⁵⁵

Nesse sentido, se direito de propriedade intelectual consiste num direito de acesso, podemos dizer que pirataria é tudo aquilo que não tem essa permissão de acesso ao conteúdo. Ampliam-se os instrumentos de repressão e intimidação para atender as necessidades de ampliação do conceito de propriedade intelectual como direito de acesso.

Podemos, por exemplo, falar dos jogos de computador. Quando uma pessoa compra um jogo, ele assina, compulsoriamente, um contrato de licença de uso, segundo o qual esse jogo não pode ser emprestado. Ora, mas os jogos de computador não são protegidos como direitos de propriedade intelectual assim como os livros, e os livros não podem ser emprestados? A lógica seria a de que o empréstimo causaria prejuízos para os desenvolvedores desses programas. No livro também, segundo essa lógica, aquele que lê um livro emprestado não irá querer comprar um livro.

Poderíamos argumentar que aqueles que emprestam um livro ou um jogo muitas vezes não podem comprar esses bens culturais e, portanto, a afirmação da indústria cultural de que estaria perdendo bilhões com a pirataria seria uma afirmação baseada em hipóteses equivocadas.

Entretanto, esse não é o argumento mais apelativo da indústria cultural, ultimamente, a justificativa mais importante para o combate a pirataria, difundida exhaustivamente pelos meios de comunicação, tem sido a alegação de que o comércio de produtos pirateados determina a perda de milhares de empregos. A pergunta que fica é: desde quando máquinas são empregados.

Visto isso, precisamos chegar a uma concepção de pirataria que busque reconhecer o direito de acesso das pessoas ao conhecimento, sem o qual na sociedade atual elas estariam alijadas da cidadania, compreendida nesse ponto não

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Relator: José Augusto Gomes Aniceto. Unanimidade. 9ª Câmara Cível. 14 dez. 2006. Ap Cível 0323169-8. DJ:7301 09 fev. 2007

apenas como uma manifestação de direitos políticos, mas como um exercício pleno de sua personalidade.

O real objetivo da LDA/98 é punir a prática de pirataria, o problema é que tal lei não diferencia a conduta daquele que viola direitos autorais, mas não tem como objetivo obter vantagem financeira através de sua atitude, daquele que patentemente pratica o ilícito para auferir lucros.

Se observarmos o art. 102 da LDA 98, perceberemos que a sanção civil ali discriminada poderia servir de medida adequada para a reparação do dano causado pelo compartilhamento de arquivos.

Art. 102. O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível.

Nesse caso, a questão é saber qual deveria ser o valor da indenização. Para chegarmos a um valor razoável, é preciso analisar o art. 103 da lei.

Art. 103. Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido.

Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos.

Do exame desse artigo podemos concluir que se trata de um dispositivo legal que regula claramente a conduta do pirata, pois, nesse artigo destaca-se a idéia de reprodução em grande quantidade de material protegido pelos direitos autorais. Quanto ao valor de três mil vezes, notadamente absurdo, justifica-se historicamente, é a média de exemplares vendidos pelas edições brasileiras.

Essa é a grande diferença entre aqueles que compartilham arquivos mediante programas P2P, aos quais denominamos violadores de direitos autorais, e os piratas, aqueles que pretendem auferir lucro da atividade de reprodução não autorizada desses bens intelectuais. As pessoas que compartilham arquivos mantêm uma cópia privada, apenas para uso pessoal, das obras intelectuais, ao passo que,

o pirata copia a obra intelectual várias vezes, para vendê-la e dessa forma lucrar com sua atividade.

Portanto, ainda que a lei não faça distinção entre essas duas condutas, poderíamos especular que o art. 102 seria o dispositivo legal aplicável ao comportamento das pessoas que compartilham arquivos pelos programas P2P e o art. 103 refere-se à pirataria.

Sendo assim, caberia ao juiz definir, informado pelos princípios de proporcionalidade e razoabilidade, a indenização cabível para a violação de direitos autorais, realizada mediante a prática de compartilhamento de arquivos via programas P2P.

Em certos casos a punição limitar-se-ia à apreensão da cópia, já que o indivíduo estaria resguardado por um direito de acesso ao conhecimento, que se sobrepõe ao direito sobre a propriedade intelectual. E algumas vezes nem isso poderia ocorrer se restasse demonstrado que o proprietário do bem cultural não estivesse disponibilizando comercialmente esse bem. Seria preciso, portanto, analisar cada caso para chegar a uma indenização condizente com o dano praticado.

Parece ser esse o entendimento da Jurisprudência:

DIREITO AUTORAL - COMERCIALIZAÇÃO DE FITA DE VÍDEO, de show em homenagem a compositor e intérprete de MPB, sem a sua autorização. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. INDENIZAÇÃO.

Configurada a violação de direito autoral, respondem os transgressores pela edição e comercialização indevidas.

Contudo, tendo em vista que a comercialização foi restrita, pois que não ocorreu distribuição das fitas aos pontos de venda, a indenização deverá ser arbitrada sem consideração do disposto no parágrafo único do art. 122 da Lei 5988/73. (grifo nosso – o art. 122 é equivalente ao parágrafo único do art. 103 da LDA 98).

Provimento parcial.⁵⁶

Dessa decisão podemos concluir que a ausência, bem como a falta de distribuição para a venda, em outras palavras a inexistência de interesse lucrativo, descaracteriza a aplicação do parágrafo único do art. 103 da LDA/98.

⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Carlos Ferrari. 5ª Câmara Cível. 23 mai. 97. Apelação Cível nº 7649/96, fls. 14353/14357.

E ainda:

DIREITO AUTORAL. FESTEJOS JUNINOS ORGANIZADOS PELA MUNICIPALIDADE EM LOGRADOURO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE FINALIDADE LUCRATIVA, DIRETA OU INDIRETA. Lei nº 5.988, de 14.12.73. Tratando-se de festejo de cunho social e cultural, sem a cobrança de ingresso, nem a contratação de artistas e inexistente o proveito econômico, indevidos são os direitos autorais. Precedentes. Recurso especial não conhecido.⁵⁷

E também:

DIREITO AUTORAL - Violação - Inocorrência - Reprodução de obra sem consentimento do autor - Caráter, entretanto, didático - Indenização não devida - Aplicação do art. 49, I, da Lei 5.988/73.⁵⁸

Não é possível penalizar aqueles que violam direitos autorais através do compartilhamento de arquivos na Internet, da mesma forma que pessoas produtoras de mercadorias piratas para a venda. Mesmo se considerarmos que essas pessoas quando fazem o *upload* da propriedade intelectual, mediante os programas P2P, disponibilizam a cópia a um número não quantificável de usuários do compartilhamento, falta a intenção de lucro que caracteriza a conduta pirata e, por isso, não podem ser apenados com a mesma severidade.

Considerando que o assunto no Brasil ainda é novo, inobstante por aqui, recentemente, tenham sido instaurados processos contra 20 usuários dos programas P2P, pretendo citar algumas decisões de cortes estrangeiras, as quais poderão servir de supedâneo para futuras sentenças de juízes brasileiros.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro BARROS MONTEIRO. T4 - QUARTA TURMA. 11 nov. 2003. REsp 514082 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2003/0020957-7. DJ 16 fev. 2004 p. 264.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Prado Pereira. 22. mai. 2000. Apelação Cível. 65.249-5/0. RT 618/72

Talvez o caso mais paradigmático para estabelecermos uma boa pesquisa sobre a questão do desenvolvimento de novas tecnologias seja o caso americano Sony Betamax.

Embora não seja um caso que envolva o problema dos programas P2P, trata do problema do desenvolvimento de novas tecnologias e de que forma elas afetam os direitos autorais.

a) O caso BETAMAX ou Universal Studios Inc. versus Sony Incorporated of America.

O caso Betamax foi uma discussão levada à Suprema Corte norte-americana, em que o estúdio americano de cinema Universal Studios Inc. questionava a fabricação do vídeo cassete Betamax pela Sony. A Universal argumentava que o uso desse aparelho permitia a produção de cópias ilícitas de filmes por terceiros, por isso, pedia a condenação da Sony por violação indireta de direitos autorais.

Nos EUA a responsabilidade civil por violação de direitos autorais pode ser indireta ou direta, consoante a decisão da corte norte-americana. Compreende, portanto, duas espécies de infração: os denominados “*contributory infringement*” e “*vicarious infringement*”.

O “*contributory infringement*” corresponde à conduta daquele que, tendo conhecimento sobre a atividade violadora, induz, causa ou contribui materialmente com a conduta infratora de outro indivíduo e, nesse caso, poderá ser considerado responsável pelo auxílio à transgressão dos direitos de propriedade intelectual.

Já o “*vicarious infringement*” diz respeito ao direito-dever de vigiar, devendo o agente exercê-lo em sua plenitude, sob pena de ser responsabilizado pela sua negligência no caso de violações de direitos de propriedade intelectual.

Em outras palavras, a responsabilidade será direta: quando a pessoa lucrar diretamente com a conduta infratora de outra pessoa, deixando de exercer seu direito de impedi-la ou restringir os atos de terceiros sob sua supervisão, que ocasionem danos aos direitos de propriedade intelectual (“*vicarious infringement*”). E será indireta quando uma pessoa induzir ou contribuir para que terceiro cometa a violação desses direitos (“*contributory infringement*”).

No litígio Sony Betamax, em decisão apertada, a Suprema Corte firmou o paradigma da defesa da inovação tecnológica. Por 5 (cinco) votos contra 4 (quatro), os juízes decidiram que se uma inovação pudesse ser utilizada para fins lícitos, não havendo provas de indução intencional à violação de direitos por terceiros, essa nova tecnologia, ainda que possa vir ser ilicitamente empregada, não poderá ser considerada ilegal.

Essa decisão nada mais é do que uma patente manifestação a favor do desenvolvimento tecnológico e, sobretudo, a favor da liberdade comercial. Não se enganem os estudiosos pensando ser a sentença uma prova do reconhecimento da importância social dos direitos de propriedade, nos EUA o princípio norteador da maioria das decisões da justiça é o do desenvolvimento da economia, e é nessa seara que a liberdade se manifesta em toda sua amplitude.

Em suma, a importância dessa decisão está no fato de que sempre que uma nova tecnologia puder ser utilizada para fins lícitos, essa inovação não poderá ser considerada ilegal.

b) O caso NAPSTER

Essa é a decisão mais importante no que tange ao compartilhamento de arquivos, embora alguns especialistas não considerem o Napster um programa P2P, pois funciona dentro de uma estrutura de subordinação entre os computadores que compartilham os arquivos protegidos pelas normas de propriedade intelectual. Nós defendemos a opinião diversa conforme ficou demonstrado no capítulo sobre a arquitetura peer-to-peer.

Em 1999, um estudante americano de 18 anos, Shawn Fanning, egresso da *Northeastern University* defrontando-se com a dificuldade de encontrar e copiar músicas pela Internet, resolve criar um programa capaz de oferecer mecanismos para buscar e compartilhar músicas, assim surgia o Napster, o mais famoso programa de compartilhamento de arquivos.

O Napster funcionava da seguinte forma: o usuário copiava o programa e o instalava em seu computador. Em seguida, conectava-se a um servidor central para procurar o arquivo que desejava. O computador central fornecia uma lista de usuários que tinham o arquivo. O usuário escolhia um dos clientes da lista e, então, formava-se uma ligação direta entre os dois usuários, possibilitando a cópia do

arquivo. O servidor central do Napster não realizava nenhuma troca de arquivo, mas mantinha uma base de dados dos arquivos.

Segundo a lei de *Copyright* americana, seção 106, para condenar alguém por violação de direitos autorais, basta provar a propriedade do material que foi copiado sem permissão e também demonstrar que o infrator violou pelo menos um direito exclusivo garantido aos proprietários do *copyright*. E isso foi suficientemente demonstrado.

O réu alegou que os usuários do Napster estavam mais interessados no uso justo do programa (*fair use*); identificando três condutas que provavam essas alegações: *sampling* – em que os usuários fazem cópias temporárias de um trabalho antes de adquiri-lo; *space-shifting* – em que os usuários acessam, por exemplo, uma música que eles já possuem em CD; e *permissive distribution* – ou seja, material que pode ser distribuído livremente, em virtude da autorização de seus criadores, artistas novos e artistas já renomados.

A decisão da Corte de Apelação foi que nenhum dos usos justos alegados pelo réu poderia ser caracterizado como *fair use*, pois, feriam os requisitos da seção 107, da Lei de *Copyright* americana, principalmente, o uso não comercial e o impacto no mercado de venda de CDs. E por que não foi capaz de demonstrar a possibilidade do uso da nova tecnologia para fins lícitos, condenou o réu por contribuir para a prática de violação de direitos autorais (“contributory infringement”) a pagar 5 (cinco) milhões de dólares.

A decisão no caso Napster influenciou a geração seguinte de programas peer-to-peer, isso porque o Napster mantinha em seus servidores um indexador dos arquivos a serem copiados. Foi por causa desse índice que Fanning foi condenado, já que ao centralizar esses dados, o programa estaria contribuindo para a violação de direitos de propriedade intelectual. Os novos programas P2P não mantêm qualquer indexador de arquivos, as redes são completamente descentralizadas, os arquivos estão nos computadores dos usuários da rede.

c) MGM v. Grokster

Nesse caso, a Corte de Apelações, tendo por supedâneo o caso Sony Betamax, decidiu que os programas Grokster e Morpheus poderiam ser utilizados para fins lícitos, e dessa forma não se caracterizaria a responsabilidade contributiva

(contributory liability) do fabricante ou distribuidor, salvo se ele tivesse conhecimento das infrações e não fizesse nada para minimizá-las.

Para a Corte de Apelações o distribuidor do software não contribuía materialmente com os atos ilícitos praticados por seus usuários. Ademais, não podia exercer qualquer forma de controle, de monitoramento e supervisão sobre o uso do software feito pelos usuários. E porque não ficou comprovado que tinham conhecimento da atividade ilícita dos seus usuários, os distribuidores do software não poderiam ser responsabilizados pela conduta de seus usuários.

A Suprema Corte americana foi logo afastando o Caso Sony Betamax. Para os juízes da Suprema Corte, os distribuidores do software Grokster tinham conhecimento das infrações cometidas por seus usuários, além disso, indiretamente, incentivavam essas condutas, devendo, portanto, ser responsabilizados pelos atos resultantes dos terceiros que utilizavam o Grokster, a despeito de o software também poder ser utilizado para fins lícitos.

Não obstante o programa operasse dentro de uma rede descentralizada para troca de arquivos, o que dificulta, quando não impede, que o fabricante-distribuidor tenha controle sobre quais arquivos são copiados e transferidos, ele poderia, por outros meios, saber que os usuários estavam trocando arquivos de músicas e filmes protegidos pelo direito autoral.

Durante a instrução provou-se que as empresas réis, ainda que de forma indireta, contribuíram para que seus usuários cometessem violações a direito autorais. As alegações da Suprema Corte foram que as réis se esforçaram para herdar boa parte dos usuários do Napster; também não se esforçaram para desenvolver algum tipo de filtro ou outro mecanismo que pelo menos diminuísse a quantidade de arquivos pirateados em suas redes peer-to-peer; além do mais, as réis obtinham lucro através da venda de espaços para anúncios publicitários, transmitidos diretamente para a tela dos computadores dos usuários de seus softwares.

Essa decisão é importante porque estabeleceu um paradigma que responsabiliza indiretamente os criadores de programas P2P pelo uso ilícito desses programas, embora a decisão tenha sido nesse sentido, principalmente, por causa da obtenção de lucro com a troca de arquivos, afinal os programas ganhavam com as propagandas veiculadas por eles.

d) Espanha, França e Itália

Já houve diversas decisões nesses países dizendo que o compartilhamento de arquivos não é ilícito, pois, o compartilhamento não tem intenção de lucro. Nesse ponto, pretendemos fazer apenas um apanhado para mostrar qual o argumento utilizado nessas decisões.

A Suprema Corte Italiana considerou que fazer downloads de filmes, músicas ou programas protegidos por direitos autorais não é crime se a atividade não implicar ganho econômico. A 3ª Vara Penal da Corte Suprema anulou uma condenação do Tribunal de Apelação de Turim de dois jovens que tinham feito download e compartilhado em rede músicas, filmes e softwares protegidos pelos direitos autorais. Segundo a Corte Suprema, a ação dos dois acusados não tinha "nenhum fim de lucro" e, portanto, não era uma violação efetiva da lei.

Um usuário de programas P2P, defendido pela Associação de Audionautas (ADA) – uma organização sem fins lucrativos fundada por estudantes franceses do ensino médio e nível superior com o objetivo de responder às ameaças abusivas da indústria musical –, foi solto sem acusações pela Corte Distrital de Paris após ter feito download e upload de músicas e filmes na Internet.

Vários usuários de Internet defendidos pela ADA (Associação dos Audionautas) já foram soltos, independente do pagamento de multa, por terem feito download de material protegido por direito autoral na Internet, com base na doutrina da "cópia privada".

Na Espanha, uma juíza espanhola absolveu um usuário acusado de ter baixado da Internet diversos álbuns musicais. Para Paz Aldecoa, magistrada que atua em Santander, baixar música da Internet para compartilhar com os amigos não é um crime contra a propriedade intelectual. A juíza rejeitou os argumentos da acusação que pediu a condenação do acusado, além de multa e indenização. Para a juíza, o acusado não merecia ser condenado, porque um crime contra a propriedade intelectual deve estar determinado por fins lucrativos, o que não era o caso do internauta que baixava músicas para que ele e amigos pudessem desfrutar.

Em todos esses casos destaca-se a doutrina da cópia privada, que foi abolida por nosso ordenamento com a alteração da Lei de Direitos Autorais.

4.3. Proteção de Conteúdo e o Direito ao Compartilhamento

A tecnologia digital permite que qualquer pessoa faça, com facilidade, uma cópia de um conteúdo analógico protegido por direitos de propriedade intelectual. Além do mais a cópia digital tem qualidade muito melhor do que o original analógico. Esse fenômeno tem preocupado os grandes monopólios controladores, produtores e distribuidores desse conteúdo.

Por isso, as grandes corporações de controle, criação e distribuição de conteúdo protegido por direito autoral têm forçado as indústrias que inventam os aparelhos copiadores a instalarem nesses equipamentos mecanismos que controlam ou impedem a cópia não autorizada.

Em virtude da pirataria – considerada como a cópia ilegal de produtos culturais, realizada com intuito lucrativo – as empresas que desenvolvem equipamentos de reprodução e cópia de bens culturais estão implementando mecanismos para impedir a cópia desses bens.

Entretanto, ao implementarem esse tipo de mecanismos, essas empresas, atendendo ao interesse das grandes corporações, estão impedindo que o consumidor tenha o direito de comprar um equipamento que o permita fazer cópias legais de um bem cultural que ele adquiriu regularmente.

Sendo assim, é negado às pessoas comprar produtos que gravam bits, áudio, ou vídeo, sem qualquer proteção de cópia, sob a falsa justificativa de que essa possibilidade permitiria a pirataria e, dessa forma, equipamentos que ofereçam essa utilidade são impedidos de chegar ao mercado de consumo.

Isso acontece, porque o aparato legal norte-americano, assim como, as instituições de controle de registro desses equipamentos determinam que é ilegal oferecer às pessoas a capacidade de copiar, de tal sorte que, se alguém quiser copiar vídeos da sua própria família, está impedido, pois, os equipamentos estão programados para tratar a reprodução como ilegal, como se o usuário não tivesse os direitos autorais daquela cópia.

Além disso, quando o consumidor compra um aparelho desses, ele não é informado sobre essa restrição à cópia, ainda que legal, de bens culturais. Em outras palavras, o consumidor está pagando por um produto que usurpa o seu direito legítimo e legal de copiar.

Até o desenvolvimento da Internet e o compartilhamento livre de arquivos, a regra era que o usuário tinha o direito de copiar aquilo que ele tinha adquirido para ver, ouvir, usar etc., a partir dessas novas tecnologias antipirataria, na verdade tecnologias anticópia, a pessoa vai ter que pagar cada vez que for usar um direito que ele adquiriu legalmente. Aqueles que comprarem um filme pela Internet e armazenarem no seu computador terão que pagar para assisti-lo em outro lugar, para fazer uma cópia dele, além de outras restrições que o detentor do *copyright* decida impingir.

No afã de proteger seus interesses mercadológicos, a indústria de bens culturais criou mecanismos como o DRM (*Digital Rights Management*), uma tecnologia para limitar o uso de mídias digitais e aparelhos de reprodução, controlando e restringindo o uso e o acesso a conteúdos digitais de propriedade intelectual. Há muita discussão sobre o uso dessa tecnologia, pois, isso estaria violando as garantias legais do direito de cópia. Ademais, essa tecnologia pode impedir que o adquirente de uma mídia contendo DRM não consiga utilizá-la em computadores, o que é claramente ilegal.

Além desse dispositivo existe a SDMI (*Secure Digital Music Initiative*), que tenta proteger a propriedade intelectual inserindo uma marca d'água digital (*digital watermark*), uma espécie de sinal oculto dentro da mídia original, o qual informa um aparelho de reprodução que aquela obra é protegida por direitos de propriedade intelectual, não podendo ser utilizado naquele equipamento ou, então, ser utilizado desde que obedeça a certas restrições.

A tecnologia CPRM (*Content Protection for Recordable Media*) – desenvolvida por empresas como IBM, Intel, Matsushita e Toshiba, também é um mecanismo para controlar a cópia, a movimentação e o apagamento de conteúdo digital num computador ou outro aparelho digital. O grande prejuízo para os consumidores de produtos culturais é que essa tecnologia está sendo inserida em HDs (discos rígidos). O mecanismo criptografa os dados do conteúdo protegido pelo direito de propriedade intelectual de tal forma que se o usuário quiser mover, copiar ou apagar o conteúdo, ele precisa ter as chaves associadas àquele material, caso contrário o computador travará, emitindo uma mensagem de erro. A tendência é que o adquirente de uma mídia CPRM não possua essa chave, mas tenha que requerê-la toda vez que quiser usar o conteúdo que ele adquiriu legalmente.

Considerando que a Intel é uma das líderes na venda de computadores pelo mundo, essa tecnologia será compelida para os consumidores, que não terão direito de usar o produto que adquiriram da forma como quisessem utilizar.

Fraudulentamente, as empresas que controlam a produção e distribuição de conteúdo têm obrigado outras empresas que desenvolvem aparelhos digitais de reprodução desse conteúdo a implementarem mecanismos anticópia. Entretanto, essa atitude não serve apenas para proteger os direitos de propriedade intelectual existentes atualmente, pelo contrário, a implementação dessa tecnologia tem sido utilizada para criar novos direitos, em conformidade com a vontade do proprietário desses direitos de propriedade intelectual, que violam manifestamente os direitos da maioria frágil dos consumidores.

Não se enganem vocês, por trás dessas tecnologias de proteção está o interesse em manter alto o lucro dessas companhias; não se trata, portanto, de meios de controlar a pirataria, mas sim de mecanismos para evitar o barateamento da cópia de produtos culturais.

Nesse sentido, a cada dia, formatos de arquivos abertos são substituídos por formatos fechados, cujo controle, na maioria das vezes pertence a uma única empresa ou entidade. Da mesma forma, projetos como o protocolo chamado P3P irão permitir que o próprio código dos programas utilizados para navegação na Internet reconheça imediatamente direitos e deveres inerentes a informações que estão sendo transmitidas. Com isso, a própria arquitetura de rede poderá habilitar ou desabilitar automaticamente, sem qualquer intervenção do usuário, ou da lei, determinados direitos de acesso e restringir outros. O próprio código selecionará que tipo de informação pode ou não chegar a um usuário, bloqueando todas as outras.⁵⁹

As pessoas perdem o controle sobre seus computadores, o código dos programas irá determinar o que um usuário poderá ou não fazer, num flagrante desrespeito aos direitos dos usuários, principalmente, quanto ao direito de copiar e compartilhar informações.

A Microsoft também está desenvolvendo um projeto denominado Palladium (que teve o nome substituído por Next-Generation Computing Base for Windows),

⁵⁹ LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. p. 26.

uma espécie de sistema de gerenciamento digital de direitos, embutido na plataforma do sistema operacional Windows. Consoante esse sistema, se um usuário quiser ouvir uma música no seu computador, ele terá que comprovar que possui direitos sobre aquele conteúdo; se não o fizer, o sistema operacional irá se recusar a disponibilizar esse conteúdo.

Dessa forma, o consumidor paga por um direito limitado – que não lhe pertence totalmente – de possuir uma cópia de uma propriedade intelectual. Um bom exemplo dessa política restritiva é a codificação por região dos DVDs de filmes. Quando você compra um DVD ele possui um mecanismo que só permite que ele seja visto numa determinada região do globo, assim, você tem que comprar um DVD da sua região se quiser vê-lo em seu reproduutor de DVD ou em seu computador. Senão, ao comprar um DVD de outra região você terá pagado pelo mesmo, terá o direito de assisti-lo, mas não poderá fazê-lo porque a mídia não é da sua região.

Isso é assim, porque se a indústria fizesse um DVD de região única cairia o preço desse DVD, já que ele poderia ser produzido em escala mundial e a indústria de entretenimento ganharia menos dinheiro sem essa restrição. Além disso, se o DVD estivesse disponível mundialmente, as empresas não lucrariam com os cinemas, pois, o lançamento simultâneo do filme nos cinemas e no DVD atrapalharia sua margem de lucro. Muita gente deixaria de ir ao cinema e compraria diretamente o filme.

Na Internet destaca-se o *traffic shapping* ou *packet shapping*, que é uma tecnologia utilizada por alguns provedores de acesso a Internet, para controlar a quantidade da banda utilizada por programas de compartilhamento de arquivos, via P2P ou Torrent e dessa forma aumentar a velocidade na rede, numa clara violação aos direitos do consumidor. O indivíduo paga por uma banda larga de 2MB, mas só leva 300KB, pois, o provedor limita a velocidade dele para download mediante programas P2P.

A tecnologia *traffic shapping* controla o tráfego dos pacotes (pedaços dos arquivos) enviados pela rede, entre outros mecanismos, através da classificação desse tráfego (*traffic classification*), identificando o número da porta ou o número do protocolo, podendo em alguns casos identificar qual o conteúdo que está sendo compartilhado, o que viola os princípios constitucionais da privacidade e intimidade.

Por isso, vários programas P2P, já contam com instrumentos de criptografia dos dados compartilhados.

O problema é que um dos principais motivos que levam as pessoas a instalar banda larga é com intuito de obterem velocidades maiores para o compartilhamento dos arquivos nas redes P2P e Bitorrent.

Em suma, com a negação ao direito de cópia, nega-se o direito ao compartilhamento, decorrente do direito ao conhecimento, e reforça-se a concepção negativa do paradigma da propriedade intelectual, aumentando a amplitude desse direito de propriedade para atender a ampliação do próprio conceito do que é propriedade intelectual. Dessa forma, cria-se um modelo de exclusão, pois, na mesma medida em que essa propriedade é um direito essencial para o desenvolvimento do ser humano, não podendo, por isso mesmo, ser violado, a concentração desse direito nas mãos de alguns privilegiados, impede o desenvolvimento integral do sujeito excluído.

5. A USURPAÇÃO DO CONHECIMENTO

5.1. Piratas e corsários

Desde tempos remotos, a pirataria é considerada um crime internacional e o pirata é tido como um inimigo comum de todos os homens de bem, devendo ser capturado e julgado severamente.

Outrora, essa figura histórica era executada por enforcamento no próprio mastro do navio, atualmente, os piratas são enforcados em cifras milionárias de indenização por violação dos direitos autorais.

Mais recente, entretanto, é a figura do corsário, que se notabilizou, principalmente, a partir da Idade Média, atuando sempre como um servo dos reis. O direito do corso permitia aos capitães de navios de um determinado país capturar navios mercantes de países inimigos.

O navio pirata capturado em águas internacionais pertencia por direito ao seu captor e sua carga, se contivesse produtos roubados, deveria ser devolvida ao seu dono legítimo.

O pirata não tinha direito a ajuda religiosa, nem a sepultura cristã, bem como tinha todos os seus bens confiscados pela Coroa. O corsário recebia títulos, terras e honrarias.

Essa ilustração serve para definirmos a sociedade atual: podemos dizer que os corsários são os grandes e poderosos monopólios culturais, as empresas que controlam internacionalmente a produção e a distribuição dos bens culturais.

A essas empresas a sociedade capitalista premia com mecanismos de prevenção e repressão às violações dos direitos de propriedade intelectual, além de transformar suas mercadorias em propriedade absoluta e inquestionável. Esses monopólios podem se apropriar de conhecimentos produzidos pela humanidade ao longo de sua história porque eles têm o direito do corso.

Ao passo que as pessoas em geral, reais possuidoras desse conhecimento usurpado, são tratadas como piratas, a elas cabe o enforcamento financeiro. Essa maioria débil deve ouvir silente a sentença que lhe condena ao enforcamento no seu próprio navio, ou seja, aceitar pacificamente que lhe roubem o conhecimento que ela mesma produziu.

Uma boa distinção entre os dois sujeitos desse direito de propriedade intelectual seria aquela que qualificasse, como detentores os monopólios controladores da produção e distribuição de conteúdo intelectual e, por outro lado, tratasse as pessoas, como possuidoras desse conhecimento, a propriedade pertenceria a toda a humanidade.

De acordo com a lei possuidor é toda aquela pessoa que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade (art. 1196 do Código Civil). E detentor é aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

LESSIG assevera em seu livro, sobre a cultura livre nos EUA: “*We may have been born a pirate nation, but we will not allow any other nation to have a similar childhood*”, isto é, nós podemos ter nascido como uma nação pirata, mas nós não deixaremos qualquer outra nação ter uma infância igual (tradução livre)⁶⁰.

⁶⁰ LESSIG, Laurence. ***Free Culture: How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity***. New York: The Penguin Press, 2004. p. 63.

A continuar essa política internacional de endurecimento no combate à “pirataria”, concedendo às empresas detentoras do conhecimento, direitos cada vez mais incomuns, que ultrapassam o limite do bom senso e contrariam as legislações locais e as Constituições, criaremos uma nação de indigentes digitais, alijados do conhecimento e, portanto, impedidos de desenvolver suas capacidades e habilidades.

Da formação do regime internacional de propriedade intelectual até os dias atuais, o sistema de proteção às obras intelectuais foi alterado sempre com o intuito de incluir as tecnologias desenvolvidas e ao mesmo tempo reforçar os instrumentos de repressão por violações desse direito.

Não obstante se reconhecesse a importância do conhecimento para o desenvolvimento do ser humano, internacionalmente, jamais se discutiu a forma como se deu a apropriação desse conhecimento, muito menos ainda se debateu a respeito da sua democratização.

Pelo contrário, as leis internacionais, embora admitam a relevância do conhecimento para o desenvolvimento de um povo e de um país – e talvez por isso mesmo – têm servido para atender as leis de mercado, impedindo que as pessoas em geral, sem distinção, tenham acesso ao conhecimento.

5.2. O Direito Universal ao Conhecimento

O direito ao conhecimento é uma necessidade fundamental do homem e conquanto as legislações tutelem esse direito a partir do prisma da propriedade intelectual, isso não afasta a compreensão dos bens intelectuais como elementos essenciais para o desenvolvimento da civilização e do homem, importante para o progresso e para a cultura de um povo.

Tamanha a importância do direito ao conhecimento que podemos dizer, sem sombra de dúvidas, que esse direito transcende as legislações, os acordos e convenções internacionais, trata-se de um direito humano fundamental, um direito universal.

Por isso, ao analisarmos o direito ao conhecimento a partir da sua instituição como um direito de propriedade intelectual, enraizado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, é preciso estabelecer limites a essa propriedade que não sejam

apenas aqueles discriminados na lei. Um direito a propriedade intelectual deve se pautar, sobretudo, sob a noção de função social da propriedade, ainda mais, quando essa propriedade é fundamental para o desenvolvimento do ser. Caso contrário, se tratarmos a propriedade intelectual apenas como um direito absoluto, condenaremos centenas de pessoas a escravidão da ignorância.

Nas palavras de CHAVES, **“o indivíduo nunca é bruto ou ignorante por sua vontade, e sim como vítima de uma fatalidade: liberto da obsessão pela própria subsistência, poderá atingir alturas insuspeitadas, é a crisálida que contém dentro de si todos os elementos que irão dar-lhe as asas que a transformarão em borboleta”**.⁶¹

É preciso proteger os bens culturais, contudo, essa proteção não pode obstar o acesso ao conhecimento, essa deve ser a justa medida da propriedade intelectual.

Consoante MANSO, é o interesse público que fundamenta e justifica as ressalvas, as exceções que se impõem aos autores quanto a determinados usos - inclusive para fins econômicos - de sua obra, para permitir e possibilitar que ela efetivamente cumpra o seu papel cultural e realize sua função social.⁶²

STAUT JR assevera:

“É possível, na linha da constitucionalização e da repersonalização trabalhar, ainda, com a possibilidade de condicionamento dos direitos patrimoniais do autor a interesses e finalidades sociais, que os vincule ao estímulo e ao fomento a atividades científicas, artísticas e literárias existentes em sociedade e não apenas a interesses puramente patrimoniais e individuais do titular desses direitos. Embora se reconheça o direito ou o conteúdo patrimonial dos direitos autorais, possibilitando e garantindo a apropriação privada, por um titular, de bens artísticos, científicos e literários, condiciona-se a sua utilização patrimonial aos interesses de toda a sociedade. Essa interpretação encontra o seu fundamento no princípio da função social da propriedade, consagrado como um direito fundamental no artigo 5º, inciso XXIII, da CF/88. Ou seja, garante-se o direito de

⁶¹ CHAVES, Antônio. Direito de Autor. São Paulo: Editora Forense, 1987.

⁶² MANSO, Eduardo Vieira. Direito Autoral. São Paulo: Editora: J. Bushatsky, 1980.

propriedade, fruto da atividade de um autor, mas apenas e no limite que essas propriedades cumpram com sua função social”.⁶³

Cumpra observar que a função social das obras intelectuais, nas legislações internacionais, limita-se ao uso honesto, o que obviamente não pode ser a única noção de função social da propriedade intelectual. É essencial concebermos uma noção de função social da propriedade intelectual que priorize a concepção dos bens intelectuais como instrumentos de desenvolvimento do ser humano e, que, dessa forma, estabeleça como limites a essa propriedade um direito de aproveitamento econômico desses bens, que não importe em negação ao direito de acesso ao conhecimento.

Entretanto, o que se percebe, conforme nos explica LESSIG, é que:

There has never been a time in our history when more of our “culture” was as “owned” as it is now. And yet there has never been a time when the concentration of power to control the *uses* of culture has been as unquestioningly accepted as it is now.⁶⁴

Na verdade, o regime internacional da propriedade intelectual foi instituído sob a falsa premissa de que o homem cria as obras intelectuais, porque sabe que será recompensado por sua habilidade e imaginação, e para que essa criatividade continue florescendo na sociedade, é preciso que os criadores recebam uma remuneração condizente com seu esforço, além de terem suas obras protegidas contra a reprodução indevida e a degeneração de seu conteúdo, seja por causa da sua utilização indevida, seja por que são adulteradas por terceiros.

É óbvio que os homens criam não porque esperam uma recompensa, ou porque saibam que há um sistema de proteção da propriedade intelectual; eles criam por causa de uma necessidade interior de desenvolver suas habilidades e capacidades. E, ainda assim, a criatividade é questionável, conforme nos aponta STAUT JR:

⁶³ STAUT JR, Said Staut. **Direitos Autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006. p. 168

⁶⁴ Nunca houve em toda a nossa história uma época em que a maior parte de nossa cultura pertencesse a alguém, como o tempo que vivenciamos hoje. E também não houve um período em que a concentração do poder para controlar a cultura fosse tão inquestionável como nos dias de hoje. (tradução livre) LESSIG, Lawrence. **FREE CULTURE: How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity**. New York: The Penguin Press, 2004. p. 12.

“Sabe-se que o fundamento dos direitos autorais para o discurso tradicional corresponde justamente à criação. Sem o requisito da criatividade, sem um mínimo de originalidade a obra não recebe a tutela do Direito Estatal. (...)

Entretanto fica difícil falar, propriamente, em criação, em criatividade e em originalidade dos produtos culturais nos espaços marcados pela indústria cultural. Em um ‘ambiente’ de repetição, de padronização, de pseudoindividualização falar em criatividade e em originalidade soa como algo, no mínimo, puramente retórico.”⁶⁵

Ao instituir um sistema de proteção da propriedade intelectual, a sociedade estava protegendo seus próprios interesses, ou seja, a sociedade estava criando um instrumento para tornar essas criações da mente humana acessíveis a todos os indivíduos. Essa é a lógica de se instituir um prazo para se aproveitar, economicamente, a obra intelectual.

Outrossim, as criações intelectuais não surgem do nada. Os produtos culturais de hoje são resultado de séculos de conhecimento acumulados por nossos antepassados. Entretanto, essa característica é negada pelo regime da propriedade intelectual.

Além disso, conforme explicita GANDELMAN:

O conhecimento acumulado assume a mesma função que os recursos da natureza disponíveis para serem apropriados. Aí aparece o primeiro problema criado pelo fato de o conhecimento ser tratado como objeto de propriedade. Os recursos da natureza já estavam disponíveis antes da sua existência ser percebida como cumprindo a finalidade de prover sustento aos homens. O conhecimento acumulado é resultado de um processo de evolução derivado do trabalho criativo do homem. A partir do momento em que se institucionaliza com base na propriedade privada, deixa de estar disponível para a apropriação. Cria-se aí um nó que não pode ser desatado, que não propõe qualquer justificativa para os conceitos e idéias que serviram de base às leis da propriedade intelectual e, posteriormente, ao regime internacional. Para desatar esse nó, é preciso aceitar o conhecimento acumulado como propriedade comum, um corpo de coisas cujo acesso é garantido a todos por um direito individual de não ser excluído, e cuja justificativa é o fato de que o homem não pode desconhecer aquilo que já sabe no momento em que cria coisas novas⁶⁶.

⁶⁵ STAUT JR, Said Staut. **Direitos Autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006. p. 168

⁶⁶ GANDELMAN, Marisa. **Poder e conhecimento na economia global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 137.

Sendo assim, quando privilegiamos uma concepção de propriedade intelectual que não reconhece a apropriação do conhecimento de nossos antepassados para a criação de novas invenções e a realização de novas obras culturais, ao mesmo tempo em que, tem como premissa a idéia equivocada de que sem esse regime de propriedade intelectual o homem não produziria suas obras, estamos negando o direito ao conhecimento e a capacidade inata do homem criar coisas.

Logo, fica patente que o atual sistema de proteção da propriedade intelectual nada mais é do que um sistema de proteção não do bem intelectual em si, mas um sistema de proteção do mercado de produção e distribuição desses bens.

Ou, como salienta LESSIG:

The law's role is less and less to support creativity, and more and more to protect certain industries against competition. Just at the time digital technology could unleash an extraordinary range of commercial and noncommercial creativity, the law burdens this creativity with insanely complex and vague rules and with the threat of obscenely severe penalties.⁶⁷

A percepção de que todo bem cultural pode ser apropriado, pois, para sua produção foram realizados pesados investimentos financeiros, ou então, porque é totalmente original, mantém a visão da propriedade intelectual, exclusivamente, como um bem econômico, suprimindo das suas características a relevância social, ou a escamoteando sob a perspectiva individual de retribuição do criador, quando o bem cultural é substancialmente coletivo e democrático.

Não é por acaso que o progresso científico e tecnológico não foi distribuído entre os diversos países do mundo. As inovações da mente humana continuam

⁶⁷ O papel da lei é menos o de estimular a criatividade e mais o de proteger certas indústrias contra a competição. Justamente agora que a tecnologia poderia deflagrar uma série de criações extraordinária, comerciais ou não comerciais, a lei oprime a criatividade com um complexo vago e insano de regras, além de indecentes ameaças severas de punições. (tradução livre) LESSIG, Lawrence. **FREE CULTURE: How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity**. New York: The Penguin Press, 2004. p. 19.

sendo acessíveis a poucos e a riqueza continua concentrada em apenas um dos hemisférios do planeta.

O suporte material da obra, que até então era predominantemente o papel, foi substituído por dispositivos de armazenamento magnéticos (disquetes, discos rígidos, etc) e ópticos (CDs, DVDs, etc.) de baixíssimo custo e com grande capacidade, possibilitando a qualquer pessoa ter gigantescas bibliotecas pessoais em formato digital. O serviço necessário à reprodução da obra foi minimizado a ponto de ser realizado pessoalmente pelo próprio interessado em questão de minutos. O custo de reprodução de volumosas coleções de livros tornou-se praticamente insignificante. Este novo sistema de distribuição do trabalho intelectual reduziu o custo dos bens e serviços necessários à aquisição de uma obra a praticamente zero, e suprimiu o problema da escassez. Como consequência direta disso, o “valor de troca” do trabalho intelectual, que sempre esteve vinculado à escassez inerente à venda conjunta de bens e serviços, não pôde mais ser mantido. O sistema capitalista se deparou com uma realidade que a ideologia da “propriedade intelectual” até então muito bem ocultara: no “livre mercado” o “valor de troca” do trabalho intelectual é zero, pois pode ser reproduzido *ad infinitum* e não está limitado pela escassez.⁶⁸

Dessa forma para manterem altas as suas margens de lucro, as grandes corporações produtoras e distribuidoras de conteúdo intelectual, precisam impedir que os consumidores desses produtos percebam que estão pagando muito caro por um produto que poderia ser acessado facilmente através de meios digitais. Nesse sentido, o compartilhamento não deixa de ser uma patente manifestação de inconformismo em relação ao alto preço dos produtos culturais e o reconhecimento de que essa escassez da obra intelectual é arditosamente artificial.

Os programas P2P ao trabalharem com a idéia de compartilhamento resgatam esse paradigma de direito ao conhecimento, na medida em que distribuem as obras intelectuais, indiscriminadamente, para qualquer pessoa que possa ter acesso ao *download* dessas obras. E ainda que as pessoas não possam usufruir imediatamente desses bens culturais por não possuírem um computador e o acesso a Internet, esses bens estão à disposição, pelo menos por enquanto, até que elas obtenham meios para adquirir esse conhecimento.

⁶⁸ VIANNA, Túlio Lima. **A Ideologia da Propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais do autor**. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006 Uruguay: Editora Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. p. 937.

E aqui cabe um parêntese, no Brasil, a utilização dos programas P2P foi intitulada como uma prática de “troca de arquivos”, só que nos EUA, a utilização deles é denominada “file-sharing” (compartilhar arquivos), o que evidencia a sua relação com a idéia de direito ao conhecimento.

Conforme foi salientado, no decorrer desse trabalho, entendemos que o compartilhamento de arquivos viola direitos autorais, contudo não é pirataria como defendem os órgãos de imprensa e as instituições ligadas a proteção dos interesses das grandes corporações de controle, de produção e distribuição de conteúdo intelectual. Ademais é preciso considerar cada caso antes de se caracterizá-lo como violação de direitos autorais.

Talvez uma das questões mais instigantes, no que tange à propriedade intelectual, seja saber porque esse direito, notadamente protetor de bens imateriais – de acordo com o que se observa da análise dos artigos da LDA/98 –, fundamenta-se em conceitos que estão diretamente ligados a uma noção de propriedade privada, que é essencialmente material. Parece ser um paradoxo insolúvel.

Por isso que GANDELMAN afirma haver uma contradição insuperável entre o direito de propriedade individual de todas as pessoas usarem e desenvolverem suas capacidades:

O conceito de propriedade vigente na teoria liberal é institucionalizado em lei como um direito individual de usar e dispor com exclusividade de recursos fornecidos pela natureza e do capital criado pelo trabalho investido nesses recursos. Por isso, ele favorece a concentração e um sistema de relações de poder entre indivíduos e classes que negam o seu próprio objetivo ético de desenvolvimento individual livre e independente. Essa é a grande contradição da teoria liberal. Por um lado, o direito individual de propriedade é requisito para a satisfação das necessidades inerentes à condição humana, e, portanto, jamais poderia ser violado ou negado. Por outro, enquanto a propriedade individual não é violada e nem mesmo negada, o ser humano não consegue se realizar integralmente, porque não pode ter acesso aos benefícios gerados pelo esforço produtivo coletivo.⁶⁹

Sob o primado desse paradigma da propriedade intelectual, a mudança nas relações de direitos autorais, propiciada pela introdução de novas tecnologias, ao invés de fomentar um debate acerca desse paradigma, determina o reforço das

⁶⁹ GANDELMAN, Marisa. **Poder e conhecimento na economia global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 142-143.

estruturas em que se alicerçam esses direitos, pior que isso, possibilita que se criem novos direitos sobre a propriedade intelectual, abolindo completamente seu caráter social.

Nesse sentido, cabe às novas tecnologias se adaptarem as regras sobre direito autoral e contribuir para o endurecimento dessas regras, além de servirem para ampliar o conceito do que é propriedade intelectual, afastando completamente o interesse coletivo.

5.3. A Concepção Otimista da Propriedade Intelectual

O que se percebe na sociedade atual é uma certa insatisfação com o sistema de proteção da propriedade intelectual, que, sob a falsa justificativa de proteger os bens intelectuais, nega o acesso da maioria da população ao conhecimento, ao mesmo tempo em que, serve de instrumento para manter essa propriedade sobrevalorizada, isto é, para manter a margem de lucro das grandes indústrias de controle, produção e distribuição de conteúdo cultural.

Por isso, surgem movimentos internacionais para constituição de um novo modelo de direitos da criatividade (expressão que aqui utilizo em substituição ao termo propriedade intelectual), que resgate a concepção dos bens intelectuais como bens de caráter coletivo, solidário e democrático.

A propriedade intelectual é posta em xeque, por exemplo, quando se considera, do ponto de vista da realidade de nossos dias, a proteção a outros interesses, tais como a privacidade, a garantia da existência de espaços públicos (*commons*) na rede, a liberdade de expressão e a livre concorrência. Cada um desses interesses demanda formas de proteção jurídica não raramente conflitantes com as tradicionais instituições da propriedade intelectual. Um incremento excessivo quanto à proteção a ela concedida traz conseqüências diretas a outros valores jurídicos.⁷⁰

O desenvolvimento da Internet, criada sob uma perspectiva amplamente democrática, a princípio excluindo toda e qualquer forma de regulamentação que não fosse exclusivamente individual, causou grande impacto no dogma da

⁷⁰ LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. p.65

propriedade intelectual. Nesse ambiente digital, a propriedade intelectual não dispõe de mecanismos jurídicos adequados para controlar a distribuição de conteúdo, já que a liberdade de circulação da informação é um dos fundamentos da rede.

Entretanto, diferentemente do que se poderia esperar que ocorresse, a Internet não foi capaz, pelo menos por enquanto, de modificar o paradigma da propriedade intelectual, muito pelo contrário, a livre distribuição de conteúdo protegido por direitos de propriedade intelectual, ensejou uma reação jamais vista na história dos direitos autorais. Ao invés de transformar o velho sistema da propriedade intelectual, a Internet determinou um reforço dos mecanismos de repressão e intimidação contra a violação de direitos de propriedade intelectual, inclusive, com a criação de direitos flagrantemente ilegais, como a negação do direito de cópia.

Em resposta a essa democratização da Internet, tendo em vista sua crescente importância econômica, o que se viu foi a implementação de um sistema antiquado de direitos de propriedade intelectual, nascido no século XIX, para regular as relações dinâmicas e caóticas da rede internacional de computadores.

Ora, era óbvio que esse sistema não podia dar conta dessas relações, por isso, era preciso dotá-lo de instrumentos repressivos cada vez mais circunspectos, que negassem o direito ao conhecimento, limitando sobremaneira o acesso às informações que circulavam na rede. Ao invés de mudar o sistema, o sistema está compelindo a mudança da realidade digital.

O controle privado dos bens culturais, concedido em nome do interesse público, de forma transitória, permite que os detentores desses bens excluam o acesso a informações essenciais para o desenvolvimento das capacidades dos indivíduos e da coletividade, quando, ao contrário, a concessão desses direitos de propriedade intelectual deveriam maximizar o acesso às obras intelectuais.

Bens intelectuais configuram-se por sua própria natureza como bens públicos, no sentido de serem não-competitivos e não-exclusivos. Se a não-competitividade e a não-exclusividade eram imperfeitas no passado com relação a alguns bens intelectuais, já que estes precisavam materializar-se em suportes físicos como livros, compact discs ou

celulóide, com o avanço tecnológico, cada vez mais estes bens tornam-se bens públicos perfeitos, no sentido de que avançam cada vez mais para a sua imaterialidade.⁷¹

A concepção atual de propriedade intelectual não pode apenas garantir o direito de propriedade, mas precisa, sobremaneira, assegurar que esse direito de propriedade seja exercido atendendo a sua função social. Sendo assim, deve ser compreendido não como um direito negativo, de excluir o acesso o compartilhamento do conhecimento; deve ser vislumbrado como um direito de acesso amplo e irrestrito, de tal forma que, qualquer medida impeditiva desse acesso seja considerada ilegal.

A concepção otimista da propriedade intelectual sempre existiu. Desde quando surgiram as primeiras obras intelectuais, houve uma preocupação com o acesso ao conhecimento por todas as pessoas da população. Se em diferentes épocas esse acesso esteve restrito a um pequeno número de apreciadores, não significa que os criadores tivessem intenção de mostrar suas obras a círculos restritos, pelo contrário, quanto mais a obra deles fosse vista por diversas pessoas, mais renome esse criador conseguiria obter.

Convém salientar que a concepção otimista da propriedade intelectual não defende a abolição do direito de propriedade intelectual. Essa concepção busca estabelecer um paradigma de direitos intelectuais que sirvam de multiplicadores de conhecimento, que possibilitem a distribuição de tecnologias, enfim, um modelo que ressalte a importância social dos direitos de propriedade intelectual, em contraposição à visão individual, absoluta e exclusiva que nega o acesso da maioria aos bens intelectuais. Nessa concepção qualquer limitação aos direitos de propriedade intelectual só pode ser implementada se atender ao interesse público e, desde que, não impeçam o direito fundamental de acesso ao conhecimento.

Além disso, a concepção otimista resgata o fato de que o conhecimento produzido atualmente é criado a partir de fatos, histórias, elementos, entre outros, que foram desenvolvidos ao longo da história da humanidade. Ou seja, o novo produto cultural, por mais que apresente elementos de inovação, ainda assim, incorpora à sua produção um conjunto de conhecimentos criados pelo homem desde

⁷¹ LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. p.170.

o início de sua existência. Esse resgate é fundamental, pois, evidencia a não-exclusividade dos direitos de propriedade intelectual, isto é, se um bem cultural não é composto apenas de elementos novos, esse bem não pode pertencer exclusivamente a um indivíduo, mas deve pertencer a toda coletividade.

Enfim, a concepção otimista da propriedade intelectual defende uma posição que preconiza a propriedade intelectual como um direito libertário, um direito coletivo e solidário. Nessa concepção o compartilhamento não só não é ilegal, como é da natureza do próprio direito de acesso ao conhecimento.

Um tema interessante a ser desenvolvido, não nesse trabalho, dada a amplitude do mesmo, seria compreender de que forma a normatização da propriedade intelectual no ambiente digital pode afetar a concepção da propriedade, ou seja, até que ponto a excessiva repressão e intimidação dos infratores de direitos autorais pode influir na percepção do que seja propriedade, já que, na mesma medida que aumenta a concepção do que seja propriedade, surgem práticas violadoras desse direito, além de condutas que abrem mão, ao menos parcialmente, do direito de propriedade intelectual.

6. NOVAS RELAÇÕES DE DIREITO AUTORAL

Como alternativa a visão negativa dos direitos autorais surgiram novos movimentos, que utilizam a Internet como meio de sua propagação.

Para regular as obras intelectuais que estavam sendo criadas, era necessário desenvolver instrumentos que tivessem um formato jurídico, evitando assim quaisquer contestações sobre a validade dessas regras, por isso, optou-se por licenças de direitos autorais semelhantes às do Copyright, mas que cediam parte dos direitos do criador da obra intelectual. Além disso, permitiam que os utilizadores dessas criações interferissem no seu conteúdo e essa talvez seja a grande atratividade desse tipo de licença.

Essas novas licenças de direito autoral são justamente uma reafirmação da concepção otimista dos direitos autorais, na medida em que, possibilitam uma criação coletiva do conhecimento, permitindo que qualquer pessoa possa participar da produção, por exemplo, de um software novo.

De início as novas licenças surgiram para validar as relações de criação dos “softwares de código aberto” (open source) – como são denominados os programas

de computador em que o “DNA” da criação desse software é do conhecimento de qualquer usuário – entretanto, essa concepção de invenção coletiva tem se espalhado para outros segmentos da criação humana e hoje nós temos a comunidade “Creative Commons”, que propõe diversas licenças de direitos autorais para os diferentes planos da imaginação humana.

Como no presente trabalho o tema não é especificamente essas relações, pretendo me ater a falar sobre as características gerais dessas concepções de direito autoral, apenas para fazer uma interlocução com aquilo que eu venho chamando de visão otimista dos direitos autorais.

Tudo isso com o objetivo de mostrar que essas novas relações mostram ser uma excelente alternativa para a crescente repressão das legislações sobre os direitos autorais e conseqüentemente uma opção para combater a ampliação do conceito de propriedade intelectual e a transformação de toda prática de compartilhamento de conhecimento em pirataria.

6.1. Copy Left

O movimento do *copyleft* surgiu a partir da necessidade dos artistas de confrontar a lógica capitalista – em que os criadores, submetidos à exploração econômica das diversas indústrias do entretenimento, são compelidos a ceder seus direitos patrimoniais de autor, para conseguir divulgar suas criações intelectuais, sem, no entanto, receber a justa retribuição pela sua criatividade.

Também se desenvolveu como alternativa contra a pirataria e como uma proposta ideológica para transformar as obras num produto coletivo, acessível à modificação por todos, desde que preservado o direito ao reconhecimento da autoria original e de seus colaboradores.

O termo *copyleft* foi popularizado por Richard M. Stallman, notável *hacker*, fundador da *Free Software Foundation* (FSF) e do movimento do *software* livre, cujo início data de 1983, com o desenvolvimento do projeto GNU, uma proposta para a criação de um sistema operacional de computador livre. Em 1985 publicou-se a licença GNU GPL (*GNU General Public License* – GNU Licença Pública Geral), que, em conjunto com o sistema operacional Linux, popularizou os *softwares* livres.

Segundo STALLMAN o nome *copyleft* foi sugerido pelo artista e programador Don Hopkins, que lhe enviou uma carta intitulada “*Copyleft - all rights reversed*” (*Cópia permitida – todos os direitos ao avesso, revirados*). Logicamente, essa designação é um trocadilho com a expressão em inglês “*Copyright – all rights reserved*” (Direito de cópia – todos os direitos reservados). Há também uma clara alusão a *right* (direita) e *left* (esquerda). O símbolo do *copyleft* é o do *copyright* invertido (©).⁷²

Com o *copyleft* os autores compartilham suas criações com qualquer pessoa que esteja disposta a oferecer contribuições criativas para o desenvolvimento da obra de arte, podendo copiá-las livremente, bem como distribuí-las e alterá-las, no todo ou em suas partes, a seu bel prazer, contanto que seja mantido o crédito para a fonte original e também seja mantida a licença *copy-left*.

A partir do *Copyleft*, surgiram outras licenças com tratamentos diversos dos direitos morais do autor, em especial no que diz respeito à atribuição obrigatória do nome do autor, à vedação a alterações da obra e à vedação de distribuição com fins comerciais. Estas novas licenças consagram um modelo de distribuição do trabalho intelectual que permite a livre cópia da obra em formato digital (onde não há escassez) e ao mesmo tempo garante ao autor o direito de ser remunerado quando seu trabalho intelectual for consubstanciado em meio físico para fins de comércio. Trata-se da superação da velha ideologia da “propriedade intelectual” em prol de um novo paradigma de tutela do “trabalho intelectual”.⁷³

O novo paradigma, porém, não agradou aos detentores dos direitos de produção, que mantiveram a defesa inarredável da ideologia da “propriedade intelectual”, capaz de sustentar o monopólio de distribuição das obras. Este monopólio é o instrumento que garante a escassez da “obra intelectual” e, conseqüentemente, cria artificialmente um “valor de troca”, pois um trabalho que poderia ser reproduzido *ad infinitum* em um livre mercado comandado pela escassez, *in natura* teria “valor de troca” zero.⁷⁴

Bom exemplo dessa nova concepção de direito autoral é a enciclopédia livre WIKIPEDIA. A Wikipédia é uma enciclopédia disponível em diversas línguas na

⁷² Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Copyleft>> Acesso em: 21 de novembro de 2006.

⁷³ VIANNA, Túlio Lima. A Ideologia da Propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais do autor. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006 Uruguay: Editora Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. p. 939.

⁷⁴ VIANNA, Túlio Lima. A Ideologia da Propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais do autor. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006 Uruguay: Editora Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. p. 939.

Internet, cuja construção é resultado da contribuição de qualquer internauta disposto a redigir sobre algum assunto, não havendo restrições a conteúdos, salvo matérias ilegais.

A enciclopédia livre de língua portuguesa hoje é uma grande fonte de informação, tratando de diversos temas mundiais, aceitando artigos que incluam sons ou citações textuais sob o princípio do uso educativo, ou *fair use* da lei de *copyright* dos EUA, só não admite, a título de *fair use*, o uso de imagens; a americana também admite as imagens.

Os documentos eletrônicos publicados na Wikipédia são franqueados ao público sob a licença GNU Free Documentation License (GNU FDL ou GFDL); significa dizer que o conteúdo da Wikipédia pode ser copiado, modificado e redistribuído desde que a nova versão garanta as mesmas liberdades a terceiros e atribua crédito aos autores do artigo da Wikipédia que foi usado⁷⁵.

Portanto, a regra da Wikipédia é a manutenção de seu conteúdo sempre livre. As restrições impostas pela enciclopédia visam, justamente, manter essa liberdade, exigindo-se apenas um link para o artigo, de forma a dar crédito aos autores originais da obra. Assim, se alguém quiser utilizar o conteúdo da enciclopédia em livros, artigos ou outras publicações precisa obedecer a GFDL e se criar uma versão da obra deve obedecer aos seguintes requisitos: o material também deverá ser licenciado com base na GFDL; deverá reconhecer a autoria; e permitir o livre acesso a “cópia transparente” da matéria, isto é, ao texto wiki (o texto do artigo).

O autor de material original não perde o direito sobre suas criações, podendo publicá-los e licenciá-los novamente de outra maneira, entretanto, o material publicado sob a licença GFDL ficará sempre disponível na enciclopédia livremente, não podendo ser retirado pelo autor.

6.2. O Software Livre e a Licença GPL

De acordo com a *Free Software Foundation*⁷⁶ (Fundação pelo Software Livre), o *software* livre é qualquer programa de computador que pode ser usado, copiado,

⁷⁵ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Direitos_de_autor> Acesso em: 21 de novembro de 2006.

⁷⁶ Disponível em: <<http://www.fsf.org>> Acesso em: 18 de novembro de 2006.

estudado, modificado e redistribuído com algumas restrições. Para que um programa seja considerado livre deve cumprir os seguintes requisitos: liberdade para executar o programa para qualquer propósito, não pode haver restrições, por exemplo, ao uso por empresas desses programas; liberdade de compreender como o programa funciona e de adaptá-lo de acordo com as necessidades do usuário; liberdade de redistribuir cópias originais ou alteradas, ou partes do programa para outros usuários; e liberdade de aprimorar o programa e franquear o acesso a esses aperfeiçoamentos, tendo por finalidade o benefício de toda a comunidade. Em todas as alterações é obrigatória a indicação dos autores originais e colaboradores.

Em inglês esses *softwares* são conhecidos por diversos nomes como: *free software* (*software* livre), *open source* (código aberto), OSS/FS, FLOSS ou FOSS.

Entretanto, há uma diferença ideológica entre essas terminologias em inglês. Aqueles que empregam o termo *software* livre (defendido pela FSF- *Free Software Foundation*) destacam a “liberdade” sob todos os aspectos, seja no campo técnico, seja no aspecto moral do desenvolvimento de programas. Ao passo que o uso da designação *open source* (código livre), ressalta o aspecto técnico dos programas, isto é, a estabilidade, confiança e segurança desses programas em relação aos *softwares* proprietários (conhecidos como EULA – End User License Agreement). No Brasil essas expressões são tidas por sinônimas

Uma das principais divergências entre os partidários dessas duas concepções reside no fato dos defensores do *software* livre – mais especificamente, a FSF – condenarem moralmente o *software* proprietário. Os simpatizantes da ideologia do código livre rechaçam essa visão moralista, pois, há diversos programadores, usuários e colaboradores dos programas livres, que sobrevivem às custas de seu trabalho na produção dos *softwares* proprietários e não consideram suas ações imorais por causa disso.

A máxima da FSF é: *Free software is a matter of liberty not price. Think of "free" as in "free speech"* (Software livre é uma questão de liberdade não de preço. Pense em livre como em discurso livre, idéia livre – tradução livre).

Fundamental ao conceito de *software* livre é a sua distribuição livre e para que isso se torne possível, exige-se a anexação de uma licença de programa livre e a disponibilização do código fonte desse programa (uma espécie de DNA do

programa, que permite conhecer seu funcionamento e alterá-lo de acordo com as necessidades do usuário).

Porém, é possível cobrar, como alguns desenvolvedores de programas fazem, pela entrega do programa (quando este é enviado por transporte físico ao usuário), bem como cobrar pelo suporte ao usuário, tendo em vista o tempo colocado à disposição pelos técnicos para a solução de problemas peculiares de empresas, por exemplo. Todavia, isso não descaracteriza a noção de liberdade desses programas, pois, nesses casos está se cobrando pelo trabalho ou pelo transporte, elementos que não são da essência dos *softwares* livres.

As licenças de software livre permitem que eles sejam vendidos, entretanto, também obriga que estejam disponíveis gratuitamente. Na verdade o que se vende, como no caso anterior, são serviços técnicos anexos ao programa. Em suma, ainda que seja cobrado pelo programa, é obrigatório que se ofereça a sua distribuição livre.

Para possibilitar a implementação desse modelo de distribuição de conteúdo era preciso criar instrumentos jurídicos, que evitassem a contestação do software livre. Assim, surgiu a GPL⁷⁷ (The GNU General Public License).

O preâmbulo da licença deixa claro qual a intenção desse instrumento jurídico, ao estipular que a GPL visa: garantir a liberdade de compartilhar e modificar o software livre, garantir que o software se mantenha livre para todos os seus usuários, bem como garantir que o usuário dessa licença tenha liberdade para distribuir cópias do software (e cobrar por este serviço se quiser); também visa assegurar que o usuário receba o código fonte, ou possa adquiri-lo caso deseje, de tal forma, que possa modificar o software ou usar parte dele em novos programas livres.

6.3. Creative Commons

O Creative Commons é uma iniciativa concebida pelo Prof. Lawrence Lessig que tem por objetivo desenvolver licenças públicas, juridicamente formatadas, para

⁷⁷ Disponível em: <<http://opensource.org/licenses/gpl-license.php>> Acesso em: 24 nov. 2006.

que qualquer criador de uma obra intelectual possa disponibilizar suas criações dentro de uma estrutura livre, na forma de modelos abertos.

Em outras palavras, o Creative Commons cria instrumentos jurídicos para que um autor, um criador ou uma entidade diga de modo claro e preciso, para as pessoas em geral, que uma determinada obra intelectual sua é livre para distribuição, cópia e utilização. Essas licenças criam uma alternativa ao direito de propriedade intelectual tradicional, fundada de baixo para cima, isto é, em vez de criadas por lei, elas se fundamentam no exercício das prerrogativas que cada indivíduo tem, como autor, de permitir o acesso às suas obras e a seus trabalhos, autorizando que outros possam utilizá-los e criar sobre eles.⁷⁸

As licenças Creative Commons surgiram como uma alternativa para aqueles autores que pretendem tornar suas obras acessíveis para o maior número possível de pessoas, além de permitir que essas pessoas possam contribuir para a continuidade da obra, modificando-a, reinterpretando-a, ou recriando o seu conteúdo. Para esses criadores a sujeição ao regime do *copyright* torna-se um obstáculo para o desenvolvimento da obra intelectual.

Essas licenças criam meios jurídicos para que autores, criadores e outros detentores de direitos possam demonstrar a todos que eles têm interesse em tornar acessíveis os conteúdos que disponibilizam e dependendo do tipo de licença autorizar a modificação e a transformação desse conteúdo em algo novo.

Conforme explica LEMOS⁷⁹, as licenças são escritas em três níveis diferentes: um nível para leigos – passível de entendimento para quem não tem formação jurídica, explicando no que consiste a licença e quais os direitos que o autor está concedendo; um nível para advogados – em que a redação da licença se utiliza de termos jurídicos, tornando-a válida perante um determinado ordenamento jurídico; e um nível técnico – em que a licença é transcrita em linguagem de computador, permitindo que as obras sob ela autorizadas no formato digital sejam digitalmente marcadas, com os termos da licença e permitindo que um computador

⁷⁸ LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. p. 83.

⁷⁹ LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. p. 84.

identifique os termos de utilização para os quais uma determinada obra foi autorizada.

O Creative Commons surgiu nos EUA, mas tem objetivo de ser uma iniciativa de carácter mundial. No Brasil, o Creative Commons funciona em parceria com a Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro, que traduz e adapta ao nosso ordenamento as licenças, contando com o apoio do Ministério da Cultura.

Na verdade, o que essas licenças promovem é um deslocamento do eixo de todos os direitos reservados (*all rights reserved*) para alguns direitos reservados (*some rights reserved*), não chegam, portanto, a negar o direito autoral tradicional, pelo contrário fundam-se nesse paradigma ao possibilitar que os autores decidam livremente sobre quais direitos eles estarão abrindo mão.

7. CONCLUSÃO

Cada vez que surge uma nova tecnologia, os detentores dos direitos de propriedade intelectual renovam o discurso de que as tecnologias promovem a pirataria e que é preciso combater essa prática através de medidas repressivas severas.

No entanto, até o surgimento da Internet e dos programas P2P, esse discurso não tinha sido capaz de impedir que continuasse a serem desenvolvidos novos meios de acesso ao conhecimento. As novas tecnologias eram vistas como um caminho para o aperfeiçoamento da distribuição de conteúdo.

Quando a Internet surgiu, ela funcionava dentro de um sistema de nenhum direito reservado, em que não havia nenhuma proteção aos direitos de propriedade intelectual: o conteúdo intelectual podia ser copiado, alterado, distribuído livremente etc. – não havia qualquer controle.

A reação a essa anarquia foi vigorosa, em pouco tempo passamos de um sistema em que o caos imperava, para um sistema de todos os direitos reservados, em que os direitos de propriedade intelectual são extremamente protegidos, a tal ponto de negar o acesso a direitos básicos dos bens intelectuais.

O que provocou essa reação intensa foi o compartilhamento de música (no formato MP3) pela Internet. Por outro lado, a demanda pelo compartilhamento

também foi responsável pelo incremento da banda das redes de computadores. Graças à “pirataria musical” houve um avanço na tecnologia, para atender aos interesses dos compartilhadores de música, que exigiam banda larga para seus computadores pessoais, e hoje essa banda está ficando lenta em virtude da grande quantidade de compartilhamento de arquivos, o que exigirá um novo salto tecnológico. Em contrapartida, a lei está tentando de todos os modos frear esse compartilhamento, para atender aos interesses da indústria detentora de direitos de propriedade intelectual.

O acesso ao conhecimento, pelo menos até agora, sempre foi visto como um instrumento para desenvolvimento das comunidades como um todo, por isso, nunca o acesso foi restringido até o ponto que se quer implementar agora. É fundamental para o progresso da civilização que o conhecimento possa ser transformado, mediante a apropriação, muitas vezes ilegal, das criações artísticas.

Além do mais, a cultura não surge do nada, não é fruto da imaginação única e iluminada de apenas um indivíduo; o conhecimento é construído ao longo de diversas gerações que se apropriam do trabalho intelectual que já foi produzido anteriormente.

É fácil aceitar a idéia de que ao se apropriar de um objeto físico que não lhe pertence, você está cometendo um furto, por exemplo. Contudo transferir essa noção para a apropriação de uma idéia não é tão simples assim. As idéias são livres e isso não é uma concepção naturalística desse objeto, trata-se de uma concepção racional, sendo assim, quando eu copio uma idéia de outra pessoa, não estou cometendo um ilícito, como o sistema da propriedade intelectual faz parecer, mas estou retomando aquilo que é da própria essência do conhecimento, a noção de coisa comum, que pertence, indistintamente, a todos.

Um artista, quando resolve expor suas idéias, não espera receber um prêmio por isso, isto é, não busca ser contemplado com um sistema de regras, princípios e normas que protejam sua criação e transformem suas obras em um direito de propriedade absoluto, individual e exclusivo que nega o acesso à maioria. Aos artistas não interessa negar o acesso às suas criações, pelo contrário, para os artistas quanto mais divulgada for sua obra intelectual, mais satisfação pessoal eles obtêm.

Então, a negação do acesso é menos uma questão de direitos intelectuais e muito mais um problema econômico, ou seja, se para os artistas é fundamental que suas idéias se propaguem pela sociedade, aos detentores desses direitos de propriedade intelectual não interessa a ampla divulgação de uma obra: é a negação desse acesso que mantém altas as margens de lucro das grandes corporações detentoras dos direitos de produção e distribuição de conteúdo intelectual.

Dessa forma, o sistema de proteção da propriedade intelectual não visa proteger os artistas, mas sim intenta resguardar os direitos econômicos dos detentores da propriedade intelectual, de forma a garantir a livre circulação da mercadoria.

Chamo a atenção nesse ponto para a diferença de ponto de vista entre um direito intelectual em que a propriedade intelectual deve atender a sua função social e, nesse sentido, garantir o acesso ao conhecimento, em relação a um direito econômico, ao qual importa impedir que diminua o valor de mercado da propriedade intelectual, nesse sentido, a obra intelectual não tem qualquer importância social, é apenas mais uma mercadoria inserida dentro do sistema capitalista.

No afã de atender a essa visão mesquinha do conhecimento como uma mercadoria, transforma-se toda conduta que subverta esse sistema da propriedade intelectual em pirataria, em ilícito a ser punido rigorosamente pela lei. A lei existe, exclusivamente, para servir ao modelo de circulação livre da mercadoria intelectual, em que as grandes corporações de produção e distribuição de conteúdo definem as condições para o acesso a esse conhecimento. Esse sistema é inconcebível sem a concepção de um direito de propriedade, o qual deve ser imposto em qualquer lugar do planeta.

O combate à pirataria tem sido usado como desculpa para ampliar o conceito de propriedade intelectual a limites jamais imaginados antes. Não se trata apenas de restrição de acesso ao conteúdo das obras intelectuais, pior que isso, trata-se de um impedimento absoluto de contato com o conhecimento. Não se quer simplesmente restringir o direito de copiar, mas sobretudo acabar com esse direito.

As novas tecnologias “antipirataria” (anticópia) retiram do consumidor de produtos intelectuais o direito de controle sobre esse conteúdo, pouco importando se esse consumidor adquiriu legalmente a obra intelectual. O controle sobre esse conteúdo será realizado pelo código, ou seja, o sistema operacional ou um software

específico será responsável por autorizar qualquer atividade com esse conteúdo, como, por exemplo, um controle sobre a movimentação, a cópia e o apagamento de um arquivo protegido por direitos de propriedade intelectual.

Sendo assim, será dispensável todo o sistema de proteção dos direitos de propriedade intelectual, bem como os instrumentos de repressão pela violação desses direitos, já que, a própria máquina fará o controle desses direitos. A lei será legislada e executada pelo próprio código, que se encarregará de autorizar ou negar o acesso ao conhecimento.

Assistimos a um embate no âmbito da Internet que determinará de que forma serão pensados os direitos sobre a propriedade intelectual daqui para frente. A tendência é a criminalização de qualquer conduta que viole esses direitos.

Os direitos-autorais-mercadorias serão cada vez mais regulados por leis internacionais, as decisões sobre o tratamento jurídico dessa matéria caberá às negociações comerciais internacionais, as quais reforçarão a relação de dependência dos países importadores de bens intelectuais, enfim, as comunidades locais e as pessoas serão excluídas da decisão sobre sua própria cultura. As grandes corporações estabelecerão as regras a respeito da propriedade intelectual, pressionando os governos a atenderem suas demandas.

A perseguição aos usuários dos programas P2P não irá determinar um incremento na venda de mercadorias culturais; não será por causa da condenação desses usuários, que outras pessoas serão intimidadas a comprarem um produto cultural.

Há diversos motivos para uma pessoa não comprar esses bens intelectuais, talvez o mais comum seja a justificativa de que não se deve pagar por algo que você pode obter de graça, mais há outras, como uma insatisfação com o abuso dos preços praticados pelas corporações detentoras desse conteúdo, a impossibilidade de obter esse produto no mercado etc.

É um erro pensar que a proibição do compartilhamento de arquivos determinaria um aumento na venda desses produtos culturais, provavelmente, muita gente que hoje baixa música, filmes, programas etc., pela Internet, não compraria esses produtos.

As restrições impostas ao direito de propriedade intelectual, mais precisamente aos direitos autorais, são incapazes de viabilizar o exercício da função

social dessa propriedade, ademais, enquanto limites ao direito de propriedade, implementadas num medíocre princípio de uso justo, fundado nas prescrições do mercado, denegam o valor social dos bens intelectuais.

Procuramos ao longo desse trabalho demonstrar que, por trás dessa conduta de cópia ilegal de arquivos protegidos por direitos de propriedade intelectual, há um resgate da visão otimista da propriedade intelectual, ou seja, uma concepção que prioriza a função social dos bens intelectuais, enquanto bens de suma importância para o desenvolvimento das capacidades do ser humano. Ninguém aprende música, sem antes aprender a tocar músicas antigas, ou em outros termos, copiar a música de outros artistas.

A visão otimista da propriedade intelectual parte de uma premissa fundamental: o conhecimento é resultado da apropriação da criação humana ao longo do tempo. No momento em que a criação humana é transformada em propriedade, nega-se o acesso a esse conhecimento e impede-se a sua apropriação para a transformação em algo diferente do original. Ínsita a visão otimista da propriedade intelectual é a noção de direitos intelectuais libertários, coletivos e solidários, em que os bens intelectuais são instrumentos de compartilhamento de conhecimento, de divisão de benefícios, de distribuição de tecnologia etc.

A abolição do direito de cópia privada pelo ordenamento brasileiro foi um duro golpe na visão otimista da propriedade intelectual. Esse direito que se destacava por ser uma espécie de uso justo da propriedade intelectual, ressaltava a falta de intuito lucrativo no compartilhamento de arquivos protegidos pelo copyright. Infelizmente, hoje, a decisão sobre a conduta desses usuários de programas P2P está adstrita à opinião dos magistrados, já que ao menos a noção de falta de interesse lucrativo permaneceu no texto da Lei de Direitos Autorais. Por isso, defendemos, durante esse trabalho, uma interpretação da lei que compatibilize o princípio da isonomia, o direito ao conhecimento e a função social da propriedade com os direitos de propriedade intelectual.

Além disso, o uso justo que foi uma alternativa do sistema americano de proteção da propriedade intelectual para mitigar o direito de propriedade e que foi copiado para o nosso ordenamento sem qualquer crítica, mostra-se muitas vezes incapaz de distinguir as diferentes condutas que motivam o compartilhamento de arquivos na Internet.

E, nesse sentido, ao invés de propiciar o uso da propriedade intelectual para a promoção do conhecimento, serve de justificativa para punir condutas que seriam consideradas justas, não fossem as restrições para se considerar um uso, como honesto.

Por fim, mostramos como a ampliação do conceito de propriedade intelectual e dos mecanismos de repressão pela violação dos direitos autorais têm encontrado resistência nos movimentos alternativos dos direitos autorais, que defendem novos modelos de distribuição do conhecimento. Destacam-se o software livre e o Creative Commons como alternativas ao endurecimento do sistema de proteção da propriedade intelectual. Além disso, outras alternativas têm surgido com a intenção de compensar as perdas dos artistas, não a indústria de propriedade intelectual, por exemplo, cobrando taxas pela venda de DVDs e CDs virgens.

8. BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Eliane Yacouch. Direitos de autor e direitos conexos. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Coisas. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. 1 v. Coleção História do Direito Brasileiro.

CASELLI, P. In CHAVES, Antônio Chaves. Direito do Autor. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 1a. ed.

CHAVES, Antônio. Direito de Autor. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987.

CHAVES, Antônio. Direitos Autorais na Computação de dados: software, circuitos integrados, videojogos, embalagem criativa, duração dos direitos conexos. São Paulo: LTR, 1996.

DAIBERT, J. Direito das Coisas. In DINIZ, M. H. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas v. 4.

GANDELMAN, Henrique. De Gutenberg à Internet: direitos autorais na era digital. 4 ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 76.

GANDELMAN, Marisa. Poder e conhecimento na economia global. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

LEMOES, R. Creative Commons, Mídia e Transformações Recentes do Direito da Propriedade Intelectual. Revista de Direito GV. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 181-187, maio 2005.

LESSIG, Lawrence. FREE CULTURE: How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York: The Penguin Press, 2004.

MANSO, Eduardo Vieira. A informática e os direitos intelectuais. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985.

MANSO, Eduardo Vieira. Contratos de Direito Autoral. São Paulo: Revista dos Tribunais.1989.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. 5. v: Direito das Coisas.

SHIRKY, Clay. What is P2P... And What Isn't. Disponível em: <<http://localhost/pub/a/p2p/2000/11/24/shirky1-whatisp2p.html>> Acesso em: 24 nov. 2006.

STALLMAN, Richard M. Did You Say "Intellectual Property"? It's a Seductive Mirage. Disponível em: <<http://www.fsf.org/licensing/essays/not-ipr.xhtml>> Acesso em: 25 nov. 2005.

STAUT JR, Said Staut. Direitos Autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006.

TESSLER, Leonardo Gonçalves. O Direito Autoral e a Reprodução, Distribuição e Comunicação de Obra ao Público na Internet. In: Propriedade Intelectual & Internet: Uma Perspectiva Integrada à Sociedade da Informação. WACHOWICZ, Marcos (coord.) Curitiba: Juruá Editora, 2002. p. 173 a 205.

VIANNA, Túlio Lima. A Ideologia da Propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais do autor. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006 Uruguay: Editora Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. p. 937.